

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

DANIEL CABRAL DOMINGUES

**A PALAVRA DO DELATOR: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA LIMITAÇÃO DO
VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR PREMIADO
NA ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO**

**JOÃO PESSOA
2019**

DANIEL CABRAL DOMINGUES

**A PALAVRA DO DELATOR: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA LIMITAÇÃO DO
VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR PREMIADO
NA ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Eduardo de Araújo Cavalcanti

JOÃO PESSOA
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

D671p Domingues, Daniel Cabral.

A palavra do delator: uma análise dos efeitos da limitação do valor probatório das declarações do colaborador premiado na admissibilidade da acusação / Daniel Cabral Domingues. - João Pessoa, 2019.
73 f.

Orientação: Eduardo de Araújo Cavalcanti.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Colaboração premiada. 2. Declarações do agente colaborador. 3. Valor probatório. 4. Limitação legal. 5. Direito de ação. 6. Admissibilidade da acusação. 7. Justa causa. I. Cavalcanti, Eduardo de Araújo. II. Título.

UFPB/CCJ

DANIEL CABRAL DOMINGUES

**A PALAVRA DO DELATOR: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA LIMITAÇÃO DO
VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR PREMIADO
NA ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Eduardo de Araújo Cavalcanti

DATA DA APROVAÇÃO: 03 DE MAIO DE 2019

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Me. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(ORIENTADOR)**

**Profa. Ma. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)**

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(AVALIADORA)**

RESUMO

Com o advento da noção de que algumas condutas, de tão graves, põem em risco a possibilidade de convivência pacífica dos indivíduos em sociedade, o Estado passou a prescrever sanções para coibir a sua prática. Assim, uma vez cometidas, surge para o Estado o direito/dever de punir, isto é, de aplicar tais sanções aos transgressores. Porém, para que a autoridade estatal possa impor a punição, deve antes submeter o caso a um processo de natureza judicial, o qual, para ser instaurado, exige a demonstração da justa causa, isto é, da existência de elementos materiais suficientes a indicar uma probabilidade de que o indivíduo praticou um crime. Nesse contexto, o ordenamento jurídico estabelece uma espécie de presunção de falta de autenticidade sobre alguns elementos, e o faz em razão da própria natureza destes. É o caso das declarações prestadas por indivíduos em acordos de colaboração premiada, que por se tratarem de relatos fornecidos com o intuito de diminuir a reprimenda estatal que lhes seria imposta, sofrem, por força de lei, uma mitigação no seu valor probatório, exigindo-se a sua corroboração por meio de outros elementos. Com efeito, não se pode condenar criminalmente um indivíduo quando contra ele só se tem declarações prestadas no âmbito de acordos de colaboração premiada. Ao assim proceder, tem-se que o legislador também impede que seja instaurado um processo criminal em desfavor de alguém baseado exclusivamente em declarações dessa natureza, pois o processo penal, à diferença do cível, exige, desde o seu nascedouro, que se verifique a presença de elementos a indicar a probabilidade da procedência daquilo que o órgão acusador está a deduzir. Tal exigência não pode ser considerada satisfeita quando se está diante apenas de elementos aos quais a lei imprime um valor probatório reduzido, o que, em última instância, representa uma autêntica limitação à arbitrariedade do poder/dever do Estado de imputar a prática de uma conduta delituosa a um cidadão, que, para todos os efeitos, é presumidamente inocente.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Depoimentos do agente colaborador. Valor probatório. Limitação legal. Direito de ação. Admissibilidade da acusação. Justa causa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO	7
2.1 O DIREITO DE ACUS(AÇÃO)	7
2.2 A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO: AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS	13
2.3 A JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL.....	19
3 A COLABORAÇÃO PREMIADA	25
3.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	25
3.2 LEI N.º 12.850/2013: A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	30
3.3 O VALOR PROBATÓRIO DAS COLABORAÇÕES.....	36
4 A LIMITAÇÃO DO VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR E A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO	43
4.1 PREMISSAS TEÓRICAS.....	43
4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	48
4.3 BREVE EPÍLOGO	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS	68

1. INTRODUÇÃO

Desde a publicação da Lei n.º 12.850, no ano de 2013, tem se assistido à celebração de um sem número de acordos de colaboração premiada, muitos dos quais envolvendo diversos protagonistas da vida pública brasileira, o que inclui quatro ex-presidentes da República, ex-presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado, Governadores, Ministros de Estado, incontáveis Deputados e Senadores, além de empresários integrantes de setores dos mais sensíveis, como são os grandes empreiteiros. Tudo isso se tornou um prato cheio para os grandes veículos de comunicação, que passaram a noticiar diariamente os desdobramentos da celebração de acordos dessa natureza por alguns desses personagens, com a deflagração de operações policiais suntuosas e espetaculosas, pondo lenha na fogueira da já grave tragédia brasileira.

Diante desse cenário, o instituto da colaboração premiada se tornou o assunto do momento, passando a ser amplamente discutido tanto nos meios jurídicos quanto nos meios não jurídicos (ou leigos). Porém, com a ampla repercussão, diversos abusos e incoerências na aplicação da medida também entraram em evidência, se tendo notícia de episódios célebres envolvendo a manipulação de integrantes dos órgãos de persecução penal e o falseamento de informações fornecidas a pretexto de colaboração. Assim, com o tempo, se tornou evidente que houve, no início, uma espécie de entusiasmo exagerado e imaturo com o instituto, o que, aliás, já foi percebido em diversos países nos anos iniciais em que passaram a adotar a medida de maneira mais ampla.

A frustração desse entusiasmo inicial, embora tenha, em alguns casos, resultado em graves prejuízos, serviu de alerta e de aprendizado para que se difundisse a ideia de que era necessário fazer um escrutínio mais severo sobre aquilo que era relatado no âmbito de um acordo de colaboração premiada. Isso porque, conforme se verá ao longo do presente trabalho, as declarações de sujeitos nessa situação correm o risco de serem direcionadas a fins escusos e, com isso, faltar com a verdade. Além disso, trata-se de um instituto de nítida natureza utilitarista, por meio do qual o Estado, de certa forma, se demite do dever que assumiu com a sociedade de buscar a repressão a todos aqueles que cometem crimes, abdicando dessa sua prerrogativa em favor de uns para, assim, chegar a um número maior de culpados.

Nesse contexto, vem à tona a questão do valor probatório dos depoimentos prestados em acordos de colaboração premiada, isto é, da capacidade que têm tais declarações de provar a ocorrência de um crime e a sua respectiva autoria, transformando aquele que era

presumidamente inocente em alguém com a culpa devidamente formada. Tal questão, conforme também se verá, foi objeto de preocupação do legislador ao balizar o instituto por meio da Lei nº 12.850/2013, que proibiu, de maneira expressa, que a condenação de alguém fosse lastreada exclusivamente em depoimentos dessa natureza. Assim, por se tratar de previsão legal expressa, a questão relativa à condenação, isto é, à formação de um juízo definitivo sobre o mérito da demanda penal, não está nem em discussão. O que se põe em debate, sendo esse o ponto central e a própria razão de ser do presente trabalho, é se essa imposição legal de um valor probatório mitigado aos depoimentos dos colaboradores repercute também na formação do juízo de probabilidade que caracteriza as decisões que dão início ao processo penal, isto é, que analisam se a peça acusatória deve ou não ser recebida e se o acusado deve passar à condição de réu.

Para bem embasar a discussão, deve se resgatar o histórico do direito de ação e do direito de punir do Estado, que, com o intuito de se evitar arbitrariedades, foram limitados e hoje se sujeitam à satisfação de diversos requisitos, dentre os quais desponta o preenchimento das condições da ação e, no caso específico do processo de natureza penal, da justa causa para o exercício da ação penal. É exatamente por meio do significado e da razão de ser do instituto da justa causa que se verá que não se pode pactuar com a instauração de procedimentos criminais em desfavor dos indivíduos quando não se tem base suficiente para tanto, que é o ocorre ao se permitir que um processo penal seja aberto com apoio exclusivamente em declarações de sujeitos diretamente interessados em atribuir a prática de determinados crimes a outras pessoas.

Assim, em suma, o que se buscará demonstrar por meio do presente trabalho é que o fato de a lei que regula os acordos de colaboração premiada estabelecer expressamente que os depoimentos de agentes colaboradores, por si só, não podem fundamentar uma sentença penal condenatória, significa a imposição de uma espécie de presunção de falta de autenticidade de tais declarações e, por isso mesmo, também repercute na análise da presença da justa causa, de maneira que os juízes também não podem admitir denúncias que estejam acompanhadas unicamente por depoimentos dessa qualidade, deixando ao livre-arbítrio do colaborador e do órgão acusador a atribuição da condição de réu aos cidadãos.

2. A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

2.1. O DIREITO DE (ACUS)AÇÃO

Nos primórdios da vida em sociedade, os conflitos advindos das interações entre os seus membros eram resolvidos por meio da força, ante a ausência de um corpo organizado de normas e de um órgão suficientemente forte para impor a todos o seu cumprimento. A própria prática de condutas consideradas mais graves, por atingirem os direitos mais caros aos indivíduos, nos moldes do que mais tarde se convencionaria chamar de crime, era submetida ao chamado regime de vingança privada, no qual aqueles que se sentissem ofendidos buscavam a repressão por meio do uso das próprias razões. Tal período, hoje conhecido como o da autotutela, é bem ilustrado por Cintra, Grinover e Dinamarco¹:

Nas fases primitivas da civilização dos povos inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares; por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo a satisfação dessa pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada, e quando o Estado chamou a si o *jus punitonis* ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressados. A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa), e hoje, encarando-o do ponto de vista da cultura da presente fase da civilização dos povos, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

Com o tempo, o Estado avocou para si a tarefa de resolver os conflitos sociais e, com isso, aboliu² a realização da chamada justiça com as próprias mãos, conduta que hoje, no Brasil, é tipificada como crime de exercício arbitrário das próprias razões pelo art. 345 do Código Penal. Tal reivindicação por parte do Estado tem como pano de fundo a necessidade de pacificação social, que tem como consequência o benefício à própria vida em sociedade, uma vez que se sabe que todo conflito é causa de infelicidade pessoal dos sujeitos envolvidos e, em uma perspectiva metaindividual, a proliferação de conflitos constitui fator de

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 42.

² Em casos excepcionais, o nosso ordenamento jurídico ainda a admite, como é o caso das excludentes de ilicitude do estado de necessidade e da legítima defesa (art. 23, incisos I e II, do Código Penal), bem como do desforço imediato (art. 1210, §1º, do Código Civil).

instabilidade e desorganização da própria sociedade³. Ou seja, a assunção da função de resolução dos conflitos por parte do Estado foi motivada pela premência de uma maior estabilidade da vida em sociedade, o que, por sua vez, foi fortalecendo-o aos poucos e, com isso, possibilitando-o a exercer cada vez mais tal função com propriedade, numa autêntica relação de retroalimentação.

Mas se, por um lado, o Estado passou a proibir que os particulares fizessem uso das próprias razões para dirimir as suas rixas, o mesmo Estado teve que se equipar de uma estrutura atribuída de conhecer dos tais conflitos e dar-lhes uma solução. Em outras palavras, desde o momento em que o Estado instituiu a proibição da justiça privada, foi outorgado aos cidadãos o direito de recorrer a órgãos estatais para a solução de seus conflitos de interesses⁴. A ideia era a de que o Estado, por ser um terceiro completamente desinteressado no conflito, era a entidade ideal para conhecer da controvérsia com imparcialidade e, sob a regência de um sistema de normas e costumes previamente existente, impor, de maneira coercitiva, a solução mais justa.

Foi daí que surgiu a noção de atividade jurisdicional do Estado, nos moldes em que hoje é exercida pelo Poder Judiciário nos países democráticos. E ao direito de provocar essa estrutura estatal, cuja função primordial, como foi visto, é a de solução dos conflitos e pacificação social, convencionou-se chamar de direito de ação, conforme expõe Fernando da Costa Tourinho Filho⁵:

Desse modo, se apenas o Estado é que pode administrar justiça, solucionando os litígios, e ele o faz por meio do Poder Judiciário, é óbvio que, se alguém sofre uma lesão em seu direito, estando impossibilitado de fazê-lo valer pelo uso da força, pode dirigir-se ao Estado, representado pelo Poder Judiciário, e dele reclamar a prestação jurisdicional, isto é, pode dirigir-se ao Estado-Juiz e exigir dele se faça respeitado o seu direito. A esse direito de invocar a garantia jurisdicional chama-se *direito de ação*.

O direito de ação, então, nada mais é do que o direito que têm todos os cidadãos de, diante de uma lesão a algum direito que lhes é garantido pelo ordenamento jurídico, provocar o Estado para que este, por meio do seu órgão jurisdicional, analise a situação de maneira imparcial e, ao final, solucione o litígio, restaurando a ordem jurídica violada. Ou, ainda, é o instrumento posto à disposição do cidadão para que ele possa reclamar o que é seu, na medida

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 32.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 125.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1. p. 24-25.

em que o Estado o proibiu de fazer justiça pelas próprias mãos, assumindo, por inteiro, o monopólio da Justiça⁶.

Contudo, no início, quando passou a ser reconhecido, o direito de ação não era considerado de maneira autônoma, mas sim como um complemento do direito subjetivo de cada um⁷. Isto é, a noção de um direito de ação surge com o seu conceito reduzido a uma ideia de uma mera consequência da situação de direito material: se um determinado direito de uma pessoa era violado, surgia-lhe, como corolário, o direito de ação referente a esse direito, isto é, o direito de acessar os tribunais para que aquele direito anterior lhe fosse garantido.

O desenvolvimento do seu conceito, porém, o emancipou. É que o direito de ação passou a ser compreendido como um direito autônomo, traduzido na ideia de um autêntico direito fundamental de acesso à jurisdição estatal, completamente independente da relação de direito material que por meio dela, ação, se busca garantir. Fredie Didier Jr.⁸ é um dos que chama a atenção para essa necessária distinção:

Não se pode confundir, ainda, o direito de ação com o direito que se afirma ter quando se exercita o direito de ação. O direito afirmado compõe a *res in iudicium deducta* e pode ser designado como o direito material deduzido em juízo ou a ação material processualizada. Direito de ação e direito afirmado são distintos e autônomos: o direito de ação não pressupõe a titularidade do direito afirmado. Além disso, o direito de ação não se vincula a nenhum tipo de direito material afirmado: o direito de ação permite a afirmação em juízo de qualquer direito material. Por isso, diz-se que o direito de ação é abstrato, pois independe do conteúdo do que se afirma quando se provoca a jurisdição.

O direito de ação, portanto, possui autonomia diante do direito material que é nele veiculado, isto é, do direito que se busca ver garantido por meio da ação e do provimento jurisdicional pretendido. É por isso que se costuma afirmar que o direito de ação é o direito dos que têm razão e também dos que não a têm⁹, eis, que, desde que se tornou independente do direito material, passou a não ter mais relação com o mérito da demanda. Assim, mesmo que esta seja julgada improcedente, ou mesmo nem chegue a ter o seu mérito discutido, em razão de portar defeitos formais, pode-se dizer que o direito de ação existe e foi efetivamente exercido.

Até aqui, se está a falar do direito de ação como um todo, sob a perspectiva de um direito fundamental de acesso à jurisdição, conceito que, de fato, foi cunhado com uma

⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 237.

⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.* p. 125.

⁸ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 1. p. 284.

⁹ LOPES Jr., Aury Celso de Lima. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 189.

roupagem mais característica do direito processual civil, ou, melhor ainda, do direito processual não penal. É que, no início da formação do Estado, não se cogitava de uma distinção, hoje amplamente difundida, entre ilícito civil e ilícito penal. Não havia a noção, que hoje há, de que certos atos atingiam tão somente a esfera de determinadas pessoas, enquanto outros, de tão graves, lesionavam o tecido social e ameaçavam a própria manutenção da vida em sociedade. Em outras palavras, não havia surgido, ainda, o conceito de crime. É o que destacam Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰:

No início da civilização dos povos inexistia a consciência da distinção entre ilícito civil e ilícito penal: o Estado, ainda embrionário e impotente perante o individualismo de seus componentes, não podia aperceber-se da existência de atos que, além e acima do dano que trazem a particulares, prejudicam a ele próprio, Estado, ou à sociedade que ele corporifica. Só na medida em que este foi adquirindo consciência de si mesmo e de sua missão perante os indivíduos é que foi também surgindo a ideia de infração penal, no sentido em que hoje a entendemos (ofensa a valores sociais relevantes, encarada pelo aspecto do dano causado à comunidade); e assim também a ideia da pena e do Estado como titular do direito de punir. Ao cabo de uma longa evolução chegou-se à mais absoluta proibição da aplicação de qualquer pena sem prévia realização de um processo (*nulla poena sine iudicio*).

Logo, no início, não existia a noção de pena, nem, por conseguinte, se cogitava da existência de um direito de punir do Estado, voltado àqueles que lesionassem os bens jurídicos considerados mais valiosos pela sociedade. É dizer: quando o Estado se assume como o único legitimado para solucionar os conflitos sociais – o que, como se viu, fez surgir o direito de ação – inexistia ainda a distinção entre as searas civil e penal, como ocorre atualmente, de modo que o direito de ação dizia respeito a toda e qualquer controvérsia.

Entretanto, na medida em que o Estado se fortalece, surge, conforme afirmaram os autores acima, a ideia de infração penal, à qual logo se segue a assunção, por parte do Estado, do direito de punir. O Estado, então, impulsionado pela mesma necessidade de pacificação social já delineada acima, se arvora no posto de único legitimado a aplicar uma pena àqueles que transgridem a ordem social por meio da prática de condutas consideradas graves e atentadoras à vida em sociedade como um todo, em oposição ao regime de vingança privada que vigorava no já mencionado período da autotutela. Isso porque, se a ofensa atinge não só um indivíduo específico, mas, de tão grave, lesiona toda a sociedade, é esta que deve buscar a responsabilização daqueles que a cometem. Não se podia deixar à disposição das vítimas a iniciativa de punir os praticantes de condutas criminosas, pois toda a comunidade tem interesse na responsabilização dos culpados, na medida em que as condutas destes ameaçam a

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 54.

convivência pacífica de todos. Mais uma vez, Fernando da Costa Tourinho Filho¹¹ trata da questão com bastante propriedade:

Dos bens ou interesses tutelados pelo Estado (por meio de normas), uns existem cuja violação afeta sobremodo as condições de vida em sociedade. O direito à vida, à honra, à integridade física são exemplos. Tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas penais, e sua violação é o que se chama de ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possua o homem, e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social. Mas como esses bens ou interesses são tutelados em função da vida social, como tais bens ou interesses são eminentemente públicos, eminentemente sociais, o Estado, ao contrário do que ocorre com outros bens ou interesses, não permite que a aplicação do preceito sancionador ao transgressor da norma de comportamento, inserta na lei penal, fique ao alvedrio do particular, mas a ele próprio, Estado (que é a própria sociedade politicamente organizada). No fundo, quem pune é a própria sociedade. Conforme acentua Fenech, quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica, e, assim, cabe ao próprio Estado, por meio de seus órgãos, tomar a iniciativa *motu proprio*, para garantir, com sua atividade, a observância da lei.

Porém, assumido pelo Estado o direito de punir, teve este que ser limitado, sob pena de se deixar uma porta aberta para o cometimento de abusos e excessos contra os indivíduos da sociedade, que a todo o momento se veriam suscetíveis de sofrer uma punição de maneira injusta e tirânica. Logo, embora pudesse ser autoexecutado – e, em certa época, de fato, o foi –, se mostrou preferível que o direito de punir se submetesse a um prévio processo judicial, da mesma forma que ocorre nos ilícitos civis, com vistas a evitar que o Estado exercesse a prerrogativa de maneira desenfreada e ao arrepio das leis.

Assim é que o próprio Estado limitou – logo, autolimitou – o seu direito de punir, passando-se a exigir que, para a aplicação de uma pena àqueles que cometem um crime, o acusado fosse submetido a um prévio processo judicial. No início, é bem verdade que as funções de acusar e de julgar eram concentradas em um único órgão, sob a vigência de um modelo processual inquisitório. Porém, com tempo, após despontar uma preocupação com a garantia da imparcialidade do julgamento, sobrevém o modelo processual acusatório, no qual o órgão responsável pela acusação é distinto do que irá julgá-la, embora ambos integrem a estrutura estatal.

Dessa forma, o Estado, por meio de um órgão próprio, passou a ter de provocar o seu órgão jurisdicional para que este, ao fim e ao cabo de um processo no qual se garantisse o direito de defesa do acusado, o julgasse inocente ou culpado. A lição de Tourinho Filho¹² é, novamente, fonte indispensável sobre a temática:

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 27-28.

¹² *Ibi idem.* p. 31-32.

E de que forma consegue o Estado tornar efetivo o seu direito de punir, infringindo a pena ao culpado? Também por meio do processo. Mas, se o Estado é o único titular e exclusivo do direito de punir, por que razão necessita ele recorrer às vias processuais para demonstrar o seu direito de punir, abdicando de sua soberania? Não lhe seria mais fácil e mais cômodo autoexecutar o seu poder repressivo? E, assim procedendo, a repressão ao criminoso não seria feita com mais rapidez e mais energia?

Da mesma forma que não haveria equilíbrio estável no meio social se se permitisse, no campo extrapenal, às próprias partes litigantes decidirem, pelo uso da força, seus litígios, também e principalmente no campo penal, na esfera repressiva, os abusos indescritíveis se multiplicariam em número sempre crescente, em virtude dos desmandos que o titular do direito de punir, cego e desenfreado, passaria a cometer. Quem poderia viver num Estado em que a repressão às infrações penais, a imposição de uma pena ao presumível culpado ficasse a cargo exclusivo do próprio titular do direito de punir?

Pondo os olhos nessa realidade incontrastável, o Estado, então, autolimitou o seu poder repressivo. O Direito Penal, pois, não é um direito de coação direta. Apesar de o Estado deter o direito de punir, ele próprio não pode executá-lo. Submete-se, assim, ao império da lei. Em suma: embora o Estado detenha o jus puniendi, não poderá fazê-lo atuar com o uso direto da força.

E, mais à frente, conclui o renomado autor¹³:

Assim, quando alguém comete uma infração penal, o Estado, como titular do direito de punir, impossibilitado, pelas razões expostas, de autoexecutar o seu direito, vai a juízo (tal qual o particular que teve seu interesse atingido pelo comportamento ilícito de outrem) por meio do órgão próprio (o Ministério Público) e deduz a sua pretensão. O Juiz, então, procura ouvir o pretendo culpado. Colhe as provas que lhe foram apresentadas por ambas as partes (Ministério Público e réu), recebe as razões e, após o estudo do material de cognição recolhido, procura ver se prevaleceu o interesse do Estado em punir o culpado, ou se o interesse do réu, em não sofrer restrição no seu *jus libertatis*. Em suma: o Juiz dirá qual dos dois tem razão. Se o Estado, aplica a *sanctio juris* ao culpado. Se o réu, absolve-o. Isso é processo.

No nosso ordenamento, essa função de provocar os órgãos de justiça para que a lei penal seja aplicada é exercida com quase¹⁴ exclusividade pelo Ministério Público, ao qual, por força do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, cabe promover, privativamente, a ação penal pública. É, portanto, o Ministério Público que tem o *dominus litis* da ação penal, sendo o órgão acusador por excelência, ao qual incumbe exercer, em nome da sociedade, o direito de ir a juízo para possibilitar que o Estado exerça o seu direito de punir sobre aqueles que praticam uma conduta criminosa. Ou seja, em suma, quando um indivíduo, em tese, comete um crime, nasce para o Estado a pretensão punitiva, isto é, o seu direito de ação penal, o qual é levado a cabo por um órgão estatal próprio, que, no nosso caso, é o Ministério Público.

Assim, diante do que se expôs até aqui, pode-se falar na existência de um direito de ação penal e de um direito de ação não penal, eis que, embora ambos tenham fundamento na

¹³ *Ibi idem*. p. 34-35.

¹⁴ Excetuados os casos em que a ação penal é de natureza privada (v.g. nos crimes contra a honra) ou privada subsidiária da pública (quando o Ministério Público for inerte).

mesma noção de um direito fundamental de acesso à jurisdição estatal, guardam profundas diferenças, impulsionadas pela enorme discrepância da disciplina do direito material que eles veiculam: o direito penal e o direito não penal. Em ambas as situações, é verdade, o que se busca é a restauração da ordem jurídica, que foi perturbada mediante a conduta ilícita de algum indivíduo. Porém, enquanto o direito de ação comum é exercido pelos indivíduos, o direito de ação penal é o direito que o Estado, enquanto representante da sociedade, tem de postular, perante os tribunais, a sua pretensão punitiva.

2.2 A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO: AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Fixado o conceito de direito de ação (e de acusação), cumpre indagar se cuida-se de um direito absoluto ou se o ordenamento jurídico pode lhe impor restrições. Como se viu no capítulo anterior, o direito de ação consiste no direito fundamental de acesso à jurisdição, e que, portanto, é exercido no momento em que o autor, seja ele um cidadão ou o Ministério Público, propõe a demanda, cível ou penal, perante o órgão jurisdicional. Seguindo esse raciocínio, tem-se que o direito de ação é, de fato, um direito absoluto, pois, como já se ressaltou, ainda que a ação venha a ser julgada improcedente, ou mesmo deixe de ser conhecida, por questões formais, pode-se afirmar que o direito de demandar ao órgão jurisdicional e dele obter uma resposta, seja esta qual for, foi exercido.

Entretanto, há de se ter em mente que o direito de ação possui dois planos, sendo um de natureza constitucional e outro de natureza processual, conforme bem desenvolvido por Vicente Greco Filho¹⁵:

O direito de ação é dividido em dois planos: o plano de natureza constitucional e o plano processual, tendo o primeiro um maior grau de generalidade. Sob esse aspecto, o direito de ação é amplo, genérico e incondicionado (art. 5º, XXXV).

Já o chamado direito processual de ação não é incondicionado e genérico, mas conexo a uma pretensão, tendo com ela certos liames. O direito de ação não existe para satisfazer a si mesmo, mas para fazer atuar toda a ordem jurídica, de modo que o seu exercício é condicionado a determinados requisitos, ligados à pretensão, chamados *condições da ação*.

Convém esclarecer, contudo, que não há dos direitos de ação, um constitucional e um processual; o direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce. O que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário na correção das lesões a direitos, porém o seu exercício é sempre processual e conexo a uma pretensão.

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.* p. 126.

Assim, o primeiro, de teor constitucional, está insculpido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tem-se, sob esse aspecto, o direito de ação nos moldes em que vem tratando até aqui o presente trabalho, isto é, sob o aspecto de um direito realmente ilimitado, eis que qualquer pessoa do povo, bem como os órgãos do Ministério Público, podem livremente ajuizar ações perante o Poder Judiciário, após o que o órgão provocado estará obrigado a conceder ao autor uma resposta, ainda que seja para negar seguimento à ação ajuizada¹⁶. Trata-se, então, da pura e simples garantia de acesso aos tribunais, independentemente da solução que estes venham a dar ao caso concreto.

Há, porém, um segundo plano, de natureza eminentemente processual, no qual o direito de ação sofre certas restrições. É que, com o passar do tempo, no afã de aperfeiçoar a prestação jurisdicional e, com isso, melhorar a vida em sociedade, surgiu a necessidade de se impor certos limites ao exercício do direito de ação. Isso foi feito, em certa medida, para evitar que o órgão jurisdicional perdesse tempo analisando casos que, sabidamente, não iriam resultar em qualquer solução efetiva. A ideia, então, era a de impedir o asseio dos órgãos de justiça, possibilitando o bem desempenhar da sua função de pacificação social. Com isso, ao invés de se dar seguimento a todo e qualquer litígio que aportasse no Poder Judiciário, passou-se a exigir a realização de uma análise prévia dos casos, com vistas a conferir o preenchimento de certos requisitos, sem os quais seria inviável o julgamento, no momento oportuno, do mérito da demanda, tornando sem utilidade o exercício do direito de ação. Nessa perspectiva, pontua André Ramos Tavares¹⁷:

Discute-se, ainda, dentro deste temário, o ponto relativo às condições da ação e pressupostos processuais, cuja presença é reclamada por lei, para que haja conhecimento da demanda por parte do Poder Judiciário. A questão é a de saber se tais exigências ferem o amplo e irrestrito direito de acesso ao Judiciário, tal como previsto pela Constituição Federal.

Ora, ao se garantir o acesso à Justiça e, com ele, o amplo direito de ação, na realidade, não se pretende garantir o desenvolvimento de qualquer processo sem fundamentação material. A Constituição não tem como escopo assegurar um direito abstrato de acesso à Justiça.

Mas, sendo o direito de ação a possibilidade de exercer todos os meios necessários à obtenção de uma solução jurisdicional definitiva, como visto acima, evidentemente que esse direito não se esgota na mera possibilidade de ingressar em juízo, alcançando, além da provocação ampla já assinalada, também a possibilidade de desenvolver uma participação processual ampla, envolvendo a argumentação e a produção probatória, bem como a própria decisão final em si, colocando termo ao

¹⁶ MOUGENOT, Edilson Bonfim. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 228-229.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 588-589.

litígio da maneira mais adequada possível (forma de tutela específica, consoante o direito material envolvido).

Assim, o direito de ação não é apenas a possibilidade de provocar o processo judicial, mas também o direito de acompanhá-lo, com todas as implicações daí decorrentes.

Nesse contexto, conforme já antecipado pelas lições dos autores acima citados, surge a teoria das condições da ação, forjada pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman e amplamente adotada pelo sistema processual brasileiro, que “constituir-se-iam em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo, ou seja, o direito de obter qualquer pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, mas, sim, ao julgamento da pretensão de direito material a ela apresentada, isto é, ao julgamento do mérito”¹⁸.

Com efeito, segundo a clássica formulação de Liebman, três seriam as condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes (ou *ad causam*) e o interesse de agir. A primeira diz respeito à existência, no ordenamento jurídico, de alguma vedação ao provimento jurisdicional pretendido. A segunda refere-se à titularidade da relação de direito material discutida na demanda. A terceira, por sua vez, traduz-se no conhecido binômio da necessidade-adequação, isto é, na impossibilidade de o direito violado ser satisfeito por outro meio que não o Judiciário.

Assim, as condições da ação seriam, em suma, os requisitos para que o mérito da demanda seja enfrentado, conforme aduz Edilson Mougnot Bonfim¹⁹:

O pedido referente ao direito material constitui o mérito da demanda. Dessa forma, quando enfrentado pelo julgador – seja para ser acolhido ou desacolhido –, ensejará a chamada decisão de mérito. Entretanto, para que essa decisão seja proferida, faz-se necessário que sejam preenchidas algumas condições precedentes, sem as quais o processo será extinto *sem julgamento do mérito*, ou seja, sem que seja apreciada aquela questão de direito material que se apresenta ao julgador. Essas condições é que são, imprecisamente, denominadas “condições da ação”.

O juiz, então, antes de dar seguimento aos processos que chegam ao seu conhecimento, deve fazer uma análise não do mérito propriamente dito, mas de elementos a ele relacionados, a fim de verificar se, ao fim e ao cabo da marcha processual, será possível proferir uma decisão acerca do mérito da demanda. Seria ilógico, por exemplo, exigir que o Judiciário se ocupasse de um processo em que se faz um pedido juridicamente impossível, pois, no momento de analisar o mérito, tal pedido jamais poderia ser julgado procedente, o

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111.

¹⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Op. cit.* p. 228-229.

que faria com que o órgão jurisdicional tivesse despendido tempo e esforços em vão. Nesse caso, a questão pode e deve ser verificada já no momento da propositura da demanda, poupando o Judiciário de trabalho que se revelaria inútil. Logo, as condições da ação constituem legítima e necessária limitação ao exercício do direito de ação, de modo que não se cogita de sua rotulação como uma indevida restrição ao direito fundamental de acesso à jurisdição.

Entretanto, não se deve descuidar que os seus conceitos foram cunhados sob a ótica das relações processuais civis (ou não penais). Assim é que, embora haja os que adotem, sem maiores delongas, os mesmos conceitos no processo penal, há aqueles que fazem duras críticas à sua transposição literal. Aury Lopes Jr.²⁰, um dos maiores críticos dessa técnica, aduz que “na tentativa de adequar ao processo penal, é feita uma verdadeira ginástica de conceitos, estendendo-os para além de seus limites semânticos” e cujo “resultado é uma desnaturação completa, que violenta a matriz conceitual, sem dar uma resposta adequada ao processo penal”, e propõe, em seguida, a adoção de uma nomenclatura própria e adequada às especificidades do processo penal. Marcos Aurélio Nunes da Silveira é outro que se dedicou ao tema, tendo publicado obra célebre, na qual também contesta a adoção literal dos termos processuais civis, e que conta com a seguinte descrição²¹:

É evidente como a leitura das condições de admissibilidade da acusação a partir da própria lei processual penal, em detrimento das condições da ação do processo civil, favorece a compreensão do instituto e, inclusive, dos problemas inerentes ao modelo teórico vigente. Não é difícil imaginar, portanto, que esta compreensão tornaria mais precisa a realização, na vida concreta dos tribunais, do juízo de admissibilidade da acusação, notadamente quando se perceber como o instrumental da teoria geral do processo explica de forma tão deficiente o que se passa por aqui. Já dissemos como é possível, em relação ao tema das condições da ação, inferir os efeitos do baixo nível de desenvolvimento científico do direito processual penal brasileiro. Ao contrário do processo civil, que goza de altíssimo nível de cientificidade, a evolução do processo penal quase sempre esteve atrelada à daquele e foi limitada por ele. A teoria geral do processo, no Brasil, tem (pelos que a adotam acriticamente), como parece, a maior parcela de responsabilidade nesse fato, pois a doutrina penalista, com exceções (é claro), mas em plena maioria, adquiriu o hábito de pensar o processo penal a partir dos conceitos processuais gerais (ou melhor, processuais civis), ignorando, assim, as vicissitudes e particularidades da realidade criminal. Há de se considerar, portanto, que posições generalizantes, como essa que se constata agora, decorrem da aplicação acrítica e desfocada (o foco deve ser sempre a pessoa humana, protegida pela Constituição da República em sua dignidade) do processo penal, fruto do insipiente nível científico da disciplina, aparvalhada – como se não bastassem seus próprios problemas – com a constante necessidade de adaptação a concepções alienígenas.

²⁰ LOPES Jr., Aury Celso Lima. *Op. cit.* p. 189-190.

²¹ SILVEIRA, Marcos Aurélio Nunes da. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Descrição disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-condicoes-da-acao-no-direito-processual-penal-do-autor-marco-aurelio-nunes-da-silveira>>. Acesso em mar. 2019.

Há, portanto, severas reservas a serem feitas à adoção, pelo processo penal, dos conceitos relativos às condições da ação, da forma que são tratadas pelo processo civil, em razão das peculiaridades e idiosincrasias daquele ramo do direito processual. Apenas para exemplificar, enquanto no processo civil existe uma infinidade de tutelas a serem concedidas, o processo penal existe única e exclusivamente com o propósito de satisfazer a pretensão punitiva estatal. Isto é, não há como se falar, no processo penal, em “pedido juridicamente impossível”, pois o Ministério Público só oferece uma denúncia em desfavor de alguém para postular a sua condenação às penas de determinado tipo penal. Da mesma forma, a transposição da ideia de um “interesse de agir” é prejudicada, na medida em que, à diferença das demandas de natureza cível, que podem ser dirimidas pela autonomia da vontade das partes, a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita por outro meio que não o processo penal.

Contudo, em que pese a existência de divergências doutrinárias, o fato é que, para os fins do presente trabalho, não interessa saber exatamente quais são as condições da ação penal, ou mesmo qual a nomenclatura mais adequada do instituto; o que importa, na verdade, é ressaltar a sua natureza e a sua razão de ser. Nesse sentido, cumpre ressaltar apenas que a teoria das condições da ação, como já se teve a oportunidade de apontar, surge na esteira de um esforço para tentar racionalizar os trabalhos dos órgãos judiciários, de modo a só permitir o desenvolvimento de processos em que seja demonstrada a satisfação de certos requisitos, a partir dos quais se demonstre que o processo desencadeado pelo exercício do direito de ação chegará a uma conclusão. Além disso, independentemente da nomenclatura que se queira adotar, o importante é que a teoria de Liebman foi amplamente difundida na doutrina processual brasileira, tendo sido adotada expressamente tanto pelo Código de Processo Civil de 1973, quanto pelo Código de Processo Penal de 1940.

É bem verdade que, na atualidade, há enorme celeuma doutrinária acerca da pertinência das condições da ação como uma categoria autônoma no direito processual. Isso porque, segundo alguns autores, só há dois tipos de juízo que se pode fazer sobre uma controvérsia submetida à análise do Judiciário: de admissibilidade e de mérito. Logo, na visão desses estudiosos, não há espaço para a existência de uma terceira categoria, intermediária, de modo que o que se entende por condições da ação, na verdade, já é objeto do juízo de admissibilidade ou do juízo de mérito. Tal controvérsia ganhou ainda mais força com a edição do novo Código de Processo Civil, em 2015, que acabou por não fazer menção às condições

da ação, à diferença do que ocorria no Código anterior, e tem como um dos seus maiores entusiastas o professor Fredie Didier Jr²².

Por outro lado, no campo do processo penal, que é o que efetivamente interessa ao presente trabalho, parece não haver, no momento, maiores controvérsias acerca da existência ou não da categoria das condições da ação, pois o Código de Processo Penal vigente ainda as menciona expressamente como causa para a rejeição da denúncia ou queixa (art. 395, inciso II). Além disso, no PL nº 8.045/2010, que pretende criar o novo Código Processual Penal, a previsão expressa das condições da ação como causa de rejeição da denúncia ou queixa permanece, quando no seu art. 265, inciso II, se prevê que a peça acusatória será desde logo indeferida quando ausentes, em exame liminar, a justa causa ou quaisquer das demais condições da ação ou pressupostos processuais. Mais à frente, em seu art. 274, se determina que, estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz receberá a acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência.

Logo, ao que parece, “apesar do CPC/2015 ter suprimido a expressão ‘condições da ação’, no direito processual penal subsiste a categoria ‘condições para o exercício da ação penal’”²³, prevalecendo o entendimento doutrinário que as considera como sendo uma categoria autônoma, ou como uma terceira via, independente dos pressupostos processuais e do mérito.

Há, ainda, que se fazer menção à supracitada categoria dos pressupostos processuais, que também constituem uma espécie de limitação ao exercício do direito de ação. Diferentemente das condições da ação, os pressupostos processuais não têm nenhuma relação com o mérito da demanda; trata-se, na verdade, de “elementos cuja presença é imprescindível para a existência e para a validade da relação processual”²⁴. Eugênio Pacelli e Douglas Fischer²⁵, quando versam sobre o tema, observam que:

O Direito Processual brasileiro adota critérios mais ou menos bem demarcados quanto à titularidade, oportunidade e viabilidade do exercício da ação penal, bem como acerca dos requisitos de validade da relação processual veiculada no processo. Em relação às primeiras, teríamos as chamadas *condições da ação*, enquanto, relativamente aos demais, os denominados *pressupostos processuais*.

²² DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.* p. 306-309.

²³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 247.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 22.

²⁵ OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 866.

Ou seja, os pressupostos processuais dizem respeito à relação jurídica processual em si, e não ao direito material que se busca discutir no processo, que, conforme se viu anteriormente, são coisas completamente distintas.

A doutrina²⁶ costuma inserir na subcategoria dos pressupostos processuais de existência o órgão investido de jurisdição (juiz), as partes (autor e réu) e a demanda (pedido), tratando-os, assim, como elementos indispensáveis para que se possa afirmar que a relação processual *existe*. Por sua vez, no campo dos pressupostos processuais de validade (ou requisitos de validade), costuma-se incluir a competência e a imparcialidade do juiz; as capacidades processual e postulatória e a legitimidade processual das partes; a regularidade formal da peça de ingresso e, por fim, a citação válida. Logo, sem a confluência de todos esses elementos, não se poderia reconhecer como *válida*, embora existente, a relação jurídica processual.

Assim, enquanto os pressupostos processuais diriam respeito a questões eminentemente processuais, de natureza formal, as condições da ação, apesar de não constituírem o mérito propriamente dito, a ele estariam intimamente ligadas. A problemática a que se referiu anteriormente, relativa à pertinência ou não da transposição literal de conceitos do processo civil para o processo penal, também atinge, ainda que indiretamente, a categoria dos pressupostos processuais, na medida em que, da mesma forma que as condições da ação, faz parte dos chamados requisitos de admissibilidade da acusação. Porém, como já se deixou claro que a intenção deste trabalho não é se imiscuir nesta intricada temática e dar-lhe uma solução, o que importa ressaltar, por ora, é que, após exercido o direito de ação penal, isto é, depois de oferecida a acusação pelo Ministério Público, ao juiz é atribuída a tarefa de realizar um juízo acerca da sua admissibilidade, o que, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal, a *contrario sensu*, significa verificar o preenchimento dos pressupostos processuais, das condições da ação e da justa causa. Esta última, até então ignorada, é, conforme se verá adiante, a mais relevante para os fins pretendidos por este trabalho, situação a reclamar a sua análise em um tópico próprio.

2.3 A JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL

Como já se repetiu à exaustão, o processo penal, embora guarde algumas relações e, segundo o entendimento predominante, permita até a aplicação analógica de preceitos do

²⁶ *Ibi idem*. p. 866-867.

processo civil (*vide* art. 15 do CPC), é uma ciência autônoma e com regramentos próprios. E isso se dá por inúmeras razões.

Uma delas, já mencionada, reside no fato de o direito penal lidar com a liberdade de ir e vir, direito indisponível por excelência, de modo que não se cogita da sua auto-aplicação. Ou seja, aquele que comete um crime não pode, por livre e espontânea vontade, se submeter ao cumprimento de uma pena sem que esta lhe tenha sido imposta por meio de um processo judicial. É o postulado da *nulla poena sine iudicio*, que traduz o chamado caráter instrumental do qual o processo penal é revestido, isto é, a característica segundo a qual o processo penal é um caminho necessário para a pena. Assim, à diferença do que ocorre no âmbito cível, em que o bem da vida pretendido pode ser entregue ao demandante voluntariamente, a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso²⁷. Logo, o processo penal há de existir mesmo quando não haja a chamada pretensão jurídica resistida, termo que é a própria razão de ser do processo civil, isto é, mesmo quando o acusado de um crime assuma a prática do delito e deseje se subjugar à aplicação da pena prevista. Deve, ainda assim, se sujeitar a um processo judicial, no qual lhe será garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório e ao final do qual só poderá ser condenado se houver prova irrefutável, ou seja, em grau de certeza, de que praticou o crime que lhe é imputado.

E não se venha argumentar que há hipóteses em que o acusado de um crime pode assumir a sua autoria e, por meio de um acordo com o Ministério Público, se submeter voluntariamente ao cumprimento de penas restritivas de direitos, como ocorre com os chamados crimes de menor potencial ofensivo, regulamentados pela Lei nº 9.099/1995. Nesses casos, há também o exercício de jurisdição, uma vez que o acordo é proposto no bojo de um processo penal já existente, e ainda porque, para que a pena seja aplicada, o acordo celebrado entre as partes deve ser homologado pelo juiz.

Mas além do seu caráter instrumental, o processo penal apresenta outra característica que o diferencia do processo civil, e é este o ponto que mais interessa ao presente trabalho. É que, por veicular a acusação da prática de um crime e, por isso, representar um risco à liberdade daquele que ocupa o seu pólo passivo, o processo penal, pela sua simples existência, fere o *status dignitatis* do acusado, que, para todos os efeitos, é presumidamente inocente. Ou seja, o simples fato de alguém, sobre o qual recai a garantia da presunção de inocência, estar sendo processado pela sociedade – esta personificada por meio do Estado e este, por sua vez,

²⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 41.

representado por seu órgão competente para tanto – pela prática de uma conduta criminoso já é suficiente para atingir a sua dignidade e a sua respeitabilidade perante os demais membros da sociedade, de modo que já representa, por si só, uma punição. Assim, da mesma forma que se percebeu que o Estado não podia exercer ao seu bel prazer o poder de punir, o que deu origem à exigência de um processo judicial prévio à imposição da pena, conforme já se teve a oportunidade de explanar, se verificou que também era necessário instituir limites sobre o direito do Estado de acusar.

Nesse contexto, surge a noção de que “deve a acusação ser portadora de elementos – geralmente extraídos da investigação preliminar (inquérito policial) – probatórios que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatização e penas processuais”²⁸. Ou seja, o direito de ação penal só deve ser exercido após se constatar a existência de indícios acerca da prática de um crime e da autoria de algum indivíduo, isto é, de um lastro mínimo de elementos que indiquem a ocorrência de um delito e a sua respectiva autoria, exigência que hoje recebe o nome de justa causa para o exercício da ação penal. Esta, então, constitui verdadeira condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar²⁹.

A justa causa, então, em resumo, seria a existência de indícios suficientes de materialidade do fato que se aponta como criminoso e de autoria daquele que está sendo acusado. Note-se que, diferentemente de uma condenação, que exige prova irrefutável, ou além de dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*), acerca da materialidade do fato e da autoria do réu, para que a acusação seja aceita, requer-se apenas a demonstração de indícios mínimos, porém suficientes para que se constate a probabilidade (*probable cause*) da materialidade e da autoria.

O uso do termo probabilidade, aliás, é de fundamental importância, sendo fruto de teoria desenvolvida por Francesco Carnelutti, conforme explica Gustavo Badaró³⁰:

Lembra-se, com Carnelutti, que o oposto da certeza é um gênero em que se podem distinguir um juízo de possibilidade ou um juízo de probabilidade, cuja diferença é apenas estatística. Há possibilidade no lugar da probabilidade, quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes. No juízo de possibilidade não há predominância de qualquer das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. Por outro lado, podemos continuar o raciocínio: no juízo de probabilidade há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. E, mais: na

²⁸ LOPES Jr., Aury Celso Lima. *Op. cit.* p. 196.

²⁹ *Ibi idem.* p. 196.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *As condições da ação penal*. Badaró Advogados, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/20-062017-as-condicoes-da-acao-penal.html>>. Acesso em dez. 2018.

medida em que o predomínio aumenta, maior a probabilidade. Quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre razões positivas e negativas se igualam, pois aí volta-se ao campo do juízo de possibilidade.

Dessa forma, podemos admitir que determinada afirmação é *possível* quando há “equivalência das razões favoráveis e contrárias”. Por outro lado, se fala em *probabilidade* quando há “predominância das razões positivas sobre as negativas”, isto é, quando os elementos que sugerem a verossimilhança da hipótese aventada existem em número superior àqueles que sugerem a sua falsidade. É justamente tal raciocínio que é aplicado à noção de justa causa, de modo que se entende que esta está presente quando há a tal “predominância das razões positivas sobre as negativas” acerca da materialidade e da autoria de um fato criminoso. Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner³¹, também citando Carnelutti, retratam a questão de maneira ímpar:

Como explica Carnelutti, existe *possibilidade* em lugar de *probabilidade* quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de *possibilidade* prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa.

Logo, para a abertura do inquérito policial (ou qualquer outro instrumento de investigação preliminar), seria suficiente um juízo de *possibilidade*, posto que no curso da investigação serão aportados outros elementos que permitam um maior grau de convencimento.

Não obstante, para a admissão de uma ação penal ou aplicação de uma medida cautelar pessoal, é necessário mais do que isso, deve existir um juízo de *probabilidade*, um *predomínio das razões positivas*. Se a *possibilidade* basta para a imputação, não pode bastar para a acusação, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.

Seguindo no raciocínio, os dois autores³² concluem que a função da investigação preliminar é, então, a formação desse juízo de probabilidade:

Se a investigação preliminar está destinada a fornecer elementos que permitam justificar o exercício da ação penal (ou o arquivamento), e se para admitir a ação penal é necessário que ela demonstre a probabilidade do fato e da autoria, outra não pode ser a conclusão: *a investigação preliminar está destinada a formar um juízo de probabilidade*.

Destarte, a investigação preliminar está destinada a conhecer o fato em grau suficiente para afirmar a sua existência e autoria, isto é, *probabilidade* da materialidade e autoria. Se não atingir esse nível – ficando na mera *possibilidade* – justificará o pedido de arquivamento (não processo) e, como consequência, não deverá ser exercida a ação penal. Se exercida, não deverá ser admitida.

³¹ LOPES Jr., Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 171.

³² *Ibi idem*. p. 172.

Assim, em resumo, a mera possibilidade da ocorrência de um crime é causa suficiente para dar-se início às investigações, isto é, à instauração de inquérito policial ou de outro procedimento investigativo que o valha. Por sua vez, somente quando a investigação colher elementos suficientes a ponto de poder se falar em probabilidade tanto da ocorrência de um fato criminoso quanto da autoria de algum indivíduo é que o Estado deverá exercer o seu direito de ação e postular perante o Poder Judiciário a realização da sua pretensão punitiva. É assim que dispõe, a *contrario sensu*, o nosso Código de Processo Penal, quando elenca, em seu art. 395, a ausência de justa causa como um dos motivos que podem ensejar a rejeição da denúncia ou queixa.

Ou seja, na linha do que se afirmou até aqui, o Estado, por meio do seu órgão acusador (Ministério Público), até pode exercer o seu direito de ação penal e oferecer uma denúncia. Porém, esta só pode ser aceita pelo órgão judicial, com todas as consequências que isso implica (instauração do processo penal e citação do acusado para que assuma a posição de réu), se vier acompanhada de elementos materiais que indiquem a probabilidade das suas assertivas. Logo, o direito de ação, apesar de exercido, só se desenvolverá regularmente e caminhará em direção a uma decisão sobre o mérito se presentes os tais indícios suficientes de materialidade e autoria, sem os quais a acusação há de ser rejeitada. Não se pode olvidar, ainda, que o ato judicial que aprecia a peça acusatória consiste em uma decisão, e não em um mero despacho, o que acarreta a necessidade de fundamentação, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), conforme expõe Tiago Bitencourt De David³³.

O conceito da justa causa, então, aproxima-se do conceito de condições da ação, as quais, como se viu, consistem em requisitos para que o mérito da demanda seja apreciado. Contudo, a questão da sua natureza jurídica está longe de encontrar uma posição pacífica na doutrina, havendo, de acordo com Aldo de Campos Costa³⁴, pelo menos dois grupos de autores. No primeiro, estão os que a consideram: a) uma condição da ação autônoma (Afrânio Silva Jardim); b) uma síntese de todas as condições da ação (Maria Thereza Rocha de Assis Moura); c) correspondente ao interesse de agir (José Frederico Marques, Rogério Lauria Tucci, Gustavo Badaró e Darcy Arruda Miranda); ou, ainda, d) correspondente ao interesse de agir e à possibilidade jurídica do pedido (Luís Renato Ferreira da Silva). Por sua vez, no segundo grupo estão aqueles que a consideram uma condição de procedibilidade, “alheia ao

³³ DAVID, Tiago Bitencourt De. *Recebimento da denúncia deve ser embasado por adequada fundamentação*. Revista Consultor Jurídico, 10 de janeiro de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-10/tiago-david-recebimento-denuncia-fundamentado>>. Acesso em dez. 2018.

³⁴ COSTA, Aldo de Campos. *A justa causa para o exercício da ação penal*. Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-29/toda-prova-justa-causa-exercicio-acao-penal#_ftn6_7077>. Acesso em dez. 2018.

injusto culpável e alusiva à admissibilidade da prossecução penal em relação a determinados comportamentos” (Luiz Flávio Gomes e Érika Mendes de Carvalho).

Porém, em que pese a existência de diversas correntes doutrinárias, todas sustentadas por argumentos sólidos e convincentes, não é o objetivo deste trabalho imiscuir-se na discussão sobre o pertencimento ou não da justa causa à noção de condições da ação; para os fins a que se dispõe o presente trabalho, o que deve ser ressaltado é o caráter limitador da abusividade do poder de acusar que a justa causa representa.

Sendo assim, em resumo, tem-se, no processo penal, uma situação curiosa e bastante distinta do que ocorre no processo civil, o que é justificado pelo alto grau do impacto que aquele, pela sua simples instauração, causa na esfera individual dos indivíduos. É que, como se percebe, no juízo de admissibilidade do processo penal se faz uma verdadeira análise prévia do próprio mérito da demanda, cuja finalidade é não permitir que acusações temerárias tenham prosseguimento e causem indevidas e desnecessárias aflições aos indivíduos. Assim, além da regularidade formal (pressupostos processuais) e do preenchimento de requisitos que possibilitem um futuro julgamento do mérito (condições da ação), no processo penal, há de se fazer, ainda, uma ponderação sobre a probabilidade de que o mérito seja julgado procedente, somente devendo ter seguimento aquelas acusações que, desde o momento da sua proposição, demonstrem que um julgamento favorável, isto é, a condenação, é mais provável do que o julgamento desfavorável, ou seja, a absolvição. Por outro lado, no processo civil, salvo as reduzidas hipóteses que dão causa à improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC), o mérito da demanda só é analisado por ocasião da sentença, de modo que a petição inicial não precisa vir acompanhada de elementos que indiquem um provável julgamento favorável.

Isso implica em dizer que, no processo civil, é perfeitamente possível o ajuizamento de uma demanda que não encontra nenhum amparo no mundo fático³⁵, situação que não se cogita no processo penal, cuja instauração só é possível quando há elementos suficientes a sugerir, em grau de probabilidade, de que o evento criminoso tenha ocorrido e que o indivíduo acusado o cometeu.

³⁵Há situações em que o uso abusivo do direito de ação ou de defesa configura litigância de má fé, conforme previsto nos arts. 79 a 81 do Código de Processo Civil.

3. A COLABORAÇÃO PREMIADA

3.1. BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Estudadas as raízes históricas do direito de ação, bem como o desenvolvimento da teoria das condições para o seu regular exercício, dos pressupostos processuais e da justa causa – que, juntos integram a categoria dos chamados requisitos de admissibilidade, sendo a justa causa, como se viu, uma peculiaridade do processo penal –, passa-se, agora, ao exame do instituto da colaboração premiada.

Embora pareça ser uma novidade, o instituto da colaboração premiada, de certa forma, está entre nós há muito tempo, uma vez que a ideia de se atribuir um tratamento menos gravoso àqueles que confessadamente praticaram crimes e se dispõem a colaborar com as autoridades para a mitigação dos efeitos da sua conduta e identificação dos demais culpados é bastante antiga, havendo registros da sua utilização na Holanda, em 1698, e na Alemanha, em 1789³⁶. Por sua vez, o professor Gustavo Badaró³⁷ costuma lembrar que o primeiro acordo de colaboração premiada celebrado no Brasil ocorreu ainda na vigência das Ordenações Filipinas, e teve como beneficiário Joaquim Silvério dos Reis, quando este escreveu a carta delatando os inconfidentes mineiros ao governador de Minas Gerais, tendo recebido em troca diversos prêmios da Coroa Portuguesa, incluindo o perdão de dívidas, um cargo público, ouro e títulos honoríficos.

Trata-se, é verdade, de um instituto polêmico, contra o qual há diversas insurgências de natureza ética, moral e mesmo sociológica. Em primeiro lugar, porque, de fato, o que ocorre é a premiação de um traidor, ao qual é oferecida vantagem legal, manipulando-se os parâmetros punitivos, situação alheia aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a sociedade³⁸. Em crítica mais ácida, o jurista argentino Eugênio Raul Zaffaroni chega a afirmar que quem resolve colaborar com a Justiça em troca de benefícios como redução de pena é, sem meias palavras, um psicopata, porque “não respeita sequer as regras da ética mafiosa para negociar a sua impunidade”³⁹.

³⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁷ Delação premiada existe desde a Idade Média e foi usada na Inconfidência Mineira. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/21/delacao-premiada-existe-desde-a-idade-media-saiba-mais-sobre-o-conceito.htm>>. Acesso em fev. 2019.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

³⁹ GALLI, Marcelo. *Vício do sistema: “É mentira que a corrupção será derrotada com o Direito Penal”*. Revista Consultor Jurídico, 1º de novembro de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>>. Acesso em fev. 2019.

Nesse cenário, a pretexto de melhor aplicar o seu poder de punir, o Estado, pautado por um ideal utilitarista que o orienta a otimizar os seus esforços punitivos, resolve abrir mão de parcela desse poder. Ou seja, em resumo, pune-se (ou deixa-se de punir) menos intensamente um, para fazê-lo mais severamente com muitos⁴⁰, o que, na advertência de Juarez Cirino dos Santos, “estimula o oportunismo egoísta do ser humano e amplia o espaço de provas duvidosas produzidas por ‘arrepentidos’, que conservam o direito de mentir”⁴¹. Além disso, ao assim proceder, o Estado está, de certo modo, a declarar a falência dos seus meios investigativos e de persecução penal, transferindo tal prerrogativa a pessoas que confessadamente praticaram delitos, o que não é positivo do ponto de vista ético, sem falar no risco de torná-lo refém da agenda desses indivíduos.

Entretanto, é fato que há determinados crimes em que dificilmente os órgãos de persecução chegariam a uma resposta sem serem guiados por alguém que efetivamente participou da sua prática, como ocorre com os crimes cometidos por organizações criminosas. Estas, que muitas vezes funcionam como verdadeiros “Estados paralelos”, com normas definidas, posições hierárquicas e divisão de tarefas complexa, vivem e se desenvolvem de maneiras tão próprias que, sem as informações de uma pessoa que tenha dela participado, o caminho para o seu desfazimento se torna muito mais árduo. Na lição de Cleber Masson e Vinícius Marçal⁴²:

Os crimes de rua, que são os praticados pelas pessoas de classes sociais desfavorecidas (a exemplo dos furtos executados por miseráveis, andarilhos e mendigos), são cometidos aos olhos da sociedade, em locais supervisionados pelo Estado (praças, parques, favelas etc.), e, por essa razão, são frequentemente objeto das instâncias de proteção (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário).

Esses delitos, também etiquetados como crimes do colarinho azul, são, portanto, na imensa maioria das vezes, cometidos sem as artimanhas e engenharias típicas das sofisticadas organizações criminosas. Estas não atuam de forma amadora. Bem ao contrário.

Com efeito, a estrutura das organizações criminosas, a típica divisão de tarefas entre os membros do grupo, o foco tantas vezes presente nos crimes do colarinho-branco (white-collar crime) e o nível de profissionalismo dos seus integrantes, todas essas circunstâncias amalgamadas são reveladoras do surgimento das cifras douradas do Direito Penal, indicativas da diferença apresentada entre a criminalidade real e a criminalidade conhecida e enfrentada pelo Estado. Raramente existem registros envolvendo delitos dessa natureza, o que inviabiliza a persecução

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Pune-se menos intensamente um, para fazê-lo mais severamente com muitos*. Época. 05 de junho de 2017. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/06/gustavo-badaro-pune-se-menos-intensamente-um-para-faze-lo-mais-severamente-com-muitos.html>>. Acesso em fev. 2019.

⁴¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime organizado*. RBCCrim, n. 42, p. 214-224, jan-mar. 1994. p. 224. *apud* BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Op. cit.* p. 1272.

⁴² MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Organização criminosa*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

penal e acarreta a impunidade das pessoas privilegiadas no âmbito econômico, especialmente quando envolvidas nos meandros das organizações criminosas. Sendo assim, é impensável cogitar a possibilidade de utilização exclusiva dos tradicionais métodos de investigação (p. ex.: requisição de documentos, oitiva de testemunhas, busca e apreensão etc.) para o desvendar de uma organização criminosa. Somente com a adoção de técnicas especiais de investigação é possível, assim mesmo com dificuldade, revelar-se em minúcias o foco e o modo de atuação da criminalidade organizada, bem como a identidade dos seus membros.

Nesse contexto, passou-se a legitimar que o Estado fizesse aquela opção, de abrir mão de parcela do seu direito-dever de punir, em prol do desbaratamento da criminalidade organizada, que traz consigo diversos malefícios para a vida em sociedade. Prevaleceu, portanto, a posição intermediária, que compreende a colaboração premiada como um meio questionável, mas indispensável no contexto do enfrentamento à criminalidade moderna, conforme salienta Guilherme de Souza Nucci⁴³:

Em face do exposto, parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes.

No contexto das pessoas de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não se pode dizer o mesmo ao transferir a análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distantes dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.

(...)

Em suma, pensamos ser a colaboração premiada um instrumento útil, aliás, como tantos outros já utilizados, legalmente, pelo Estado, como, por exemplo, a interceptação telefônica, que fere a intimidade, em nome do combate ao crime.

Assim, embora não se compactue com o uso de expressões como “pessoas de bem”, cuja acepção é de teor nitidamente presunçoso e discriminatório, não se pode perder de vista que a deslealdade encorajada pela legislação que rege o instituto atinge outros partícipes de condutas criminosas, o que não deixa de ser, de certa forma, louvável, na medida em que desestimula a atividade delituosa. A valer, o fato é que, superadas as polêmicas acerca da lisura do instituto, ele faz parte da realidade brasileira, tendo, no decorrer dos anos, se aperfeiçoado e ganhado novos contornos.

No âmbito da legislação mais recente, diga-se, após a promulgação da Constituição de 1988, a primeira previsão veio na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), que acresceu o §4º ao art. 159 do Código Penal, no qual se tipifica o crime de extorsão

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 57-58.

mediante sequestro. O novo parágrafo dispunha em sua redação que “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Além disso, a mesma Lei nº 8.072, no parágrafo único do seu art. 8º, previu que, nos casos envolvendo o crime do art. 288 do Código Penal⁴⁴, “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Em seguida, foi editada a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995), que em seu art. 6º dispunha que “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento das infrações penais e sua autoria”.

No mesmo ano, em 19 de julho, publicou-se a Lei nº 9.080, que inseriu o §2º no art. 25 da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986), cuja redação determinava que “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.” Além disso, acresceu-se um parágrafo único ao art. 16 da Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990), que contou com a mesma redação do novo §2º do art. 25 da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, acima mencionado.

Em 2 de abril de 1996, a Lei nº 9.269 alterou o então recente §4º do art. 159 do Código Penal, que passou a prescrever que “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Mais à frente, foi dado um passo importante com a edição da Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999), eis que, pela primeira vez, o mecanismo era previsto fora do contexto de crimes específicos, aplicando-se genericamente a toda e qualquer modalidade criminosa. Além disso, ao reservar um capítulo próprio para a instituição de medidas de proteção aos réus colaboradores, se tornou o primeiro sistema de previsão do instituto de natureza um pouco mais sofisticada. Isso porque, de maneira pioneira, se listou uma série de resultados que deveriam ser alcançados pelo réu para que, só assim, a premiação fosse conferida (art. 13, incisos I a III). Ainda, previu-se, também pela primeira

⁴⁴ À época em que a Lei de Crimes Hediondos foi publicada, o *nomen juris* do delito tipificado pelo art. 288 do Código Penal era “quadrilha ou bando”, e exigia-se a associação de mais de três pessoas. Após a Lei nº 12.850/2013, o crime passou a ser o de “associação criminosa”, e a quantidade de associados passou a ser de três ou mais pessoas.

vez, a possibilidade de concessão de perdão judicial, fugindo, portanto, à regra da redução da pena de um a dois terços que vinha sendo adotada pelas leis até então.

Na virada do milênio, o tema tomou conta do debate internacional e, em 15 de novembro de 2000, foi firmada em Nova York a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que passou a vigorar internacionalmente em 29 de setembro de 2003. No Brasil, o texto da Convenção de Palermo, como ficou conhecida, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n 231, de 29 de maio de 2003, tendo o instrumento de ratificação sido depositado junto à Secretaria-Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004. Nesse quadro, a Convenção entrou em vigor no território nacional em 28 de fevereiro do mesmo ano, tendo sido promulgada pelo Decreto n 5.015, de 12 de março de 2004. Quanto ao que interessa ao presente trabalho, a Convenção de Palermo instituiu, em seu artigo 26, aquilo que veio a chamar de medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para aplicação da lei, que contou com a seguinte redação:

Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:
 - a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente
 - i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
 - ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;
 - iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;
 - b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.
2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.
5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

Assim, a previsão do instituto da colaboração premiada passou a ser uma imposição de natureza legal, eis que a Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) foi sancionada, dispondo, em seu art. 41, que “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

Em 30 de novembro de 2011, foi editada a Lei Antitruste (Lei nº 12.529), que, no *caput* do seu art. 87, prevê que “nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional, e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”. E conclui, no parágrafo único do dispositivo, que “cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo”.

Ainda, a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, deu nova redação ao art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998), que passou a contar com um §5º, determinando que “a pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização de bens, direitos ou valores objeto do crime”.

Há, ainda, quem enxergue a presença do instituto nos artigos 15, 16 e 65, inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal, que cuidam, respectivamente, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, do arrependimento posterior e da circunstância atenuante da confissão espontânea.

3.2. LEI N.º 12.850/2013: A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Como se viu, o que havia antes eram previsões bastante específicas, inseridas no contexto de determinados crimes, e, ainda, pouco ou quase nada detalhadas. Quase sempre era

utilizada uma fórmula genérica, que, à diferença de uma ou outra expressão, tinha mais ou menos o mesmo efeito para aquele que optasse por colaborar com as autoridades: a possibilidade de redução de um a dois terços da pena. Apenas no caso da Lei de Proteção às Testemunhas é que, fugindo à regra, se viu a possibilidade de concessão de perdão judicial, nos termos em que propôs o item 3 do artigo 26 da Convenção de Palermo.

Foi somente com a edição da chamada Nova Lei de Organizações Criminosas, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que se criou um amplo sistema de colaboração premiada no processo penal brasileiro, passando a existir uma previsão detalhada acerca do procedimento necessário para a celebração do acordo, da atuação de cada um dos agentes participantes, bem como das diversas premiações passíveis de serem oferecidas aos colaboradores. Em nenhuma legislação anterior o instituto foi tão bem esmiuçado e destrinchado, de modo que é a partir da edição dessa lei que as colaborações premiadas passaram a fazer parte do cotidiano daqueles que lidam com a área criminal, sobretudo no contexto da cada vez mais crescente criminalidade organizada. O art. 4º da aludida lei, que inaugura o capítulo referente à colaboração premiada, conta com a seguinte redação:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§7º Realizado o acordo na forma do §6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

De início, já se observa um alargamento no que tange às premiações possíveis ao agente colaborador, que agora são quatro: a concessão de perdão judicial, a redução da pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o não oferecimento de denúncia, sendo esta restrita às hipóteses em que o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar colaboração, conforme o §4º. Abandona-se, portanto, aquela fórmula pronta, que vinha sendo a regra, da diminuição da pena em até dois terços, em total consonância com o que dispõe a Convenção de Palermo, com o detalhe de que a concessão de perdão judicial pode, inclusive, ser proposta *a posteriori*, se verificada a relevância da colaboração prestada, nos termos do §2º do dispositivo.

Frise-se, ainda, a possibilidade de a colaboração ser prestada após a sentença, hipótese em que os benefícios se limitarão à redução da pena até a metade e à admissão da progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos, na forma do §5º.

Além disso, do mesmo modo que se fez na Lei nº 9.807/99, foram listados, nos cinco incisos do art. 4º, os resultados que necessariamente devem ser alcançados pelos colaboradores para que façam jus à premiação.

No §3º, a lei inovou ao permitir que o prazo para oferecimento da denúncia relativa ao colaborador – ou o próprio processo, em caso de a denúncia já ter sido recebida – seja ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração. Nessa hipótese, também fica suspenso o prazo prescricional dos eventuais crimes. Trata-se, assim, de excepcional hipótese de postergação do exercício da ação penal por parte do órgão acusador, permitindo que as diligências que se apresentarem como necessárias após o relato do colaborador, isto é, as “medidas de colaboração”, como denomina a lei, sejam realizadas.

Outra inovação bem vinda foi a previsão expressa, no §6º, da não participação do juiz nas negociações para a celebração do acordo. Assim, durante as tratativas, somente estarão presentes o acusado, acompanhado do seu advogado, e os órgãos de persecução penal, isto é, a autoridade policial e/ou o membro do Ministério Público. O papel do juiz, portanto, é limitado à apreciação da conformidade do acordo celebrado com a lei, da sua regularidade e voluntariedade, conforme se percebe da leitura dos §§ 6º e 7º, o que é de bom tom, na medida em que privilegia a imparcialidade do órgão julgador e fortalece o sistema processual acusatório.

Sobre este ponto, aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador”, quando do julgamento do HC nº 127.483/PR, caso emblemático e que se prestou a firmar importantes diretrizes sobre o tema das colaborações premiadas. No ponto, eis um trecho do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, que foi seguido à unanimidade pelo restante do colegiado:

Nessa atividade de delibação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, **não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.**

(...)

Em outras palavras, a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. A homologação judicial constitui **simples fator de atribuição de eficácia** do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido,

não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

Cabe aqui uma ressalva: se o juiz se limitar a homologar, **in totum**, o acordo, essa decisão deverá ser considerada fator de atribuição de eficácia.

Todavia, se o juiz intervier em seus termos, para glosar cláusulas (v.g., por ilegalidade) ou readequar sanções premiais, de modo a modificar a relação jurídica entre as partes, a decisão homologatória do acordo de colaboração deverá ser considerada elemento de existência desse negócio jurídico processual.⁴⁵ **(grifos do autor)**

Com isso, tem-se que o papel do juiz, neste momento de celebração do acordo de colaboração, consiste unicamente em aferir a legalidade, a regularidade e a voluntariedade do acordo firmado: em sendo positivo o juízo acerca dessas três variáveis, a homologação do acordo é medida que se impõe; porém, em sendo negativo quanto a qualquer delas, cabe ao juiz recusar a homologação ou, se possível, adequá-la, conforme dispõe o §8º. Ressalte-se, ainda, a faculdade de o juiz ouvir, em audiência sigilosa, o colaborador, com o fito de melhor averiguar a voluntariedade do acordo, nos termos da parte final do §7º.

Quanto ao papel dos órgãos de persecução, a lei possibilita que o acordo seja celebrado tanto pela autoridade policial quanto pelo órgão do Ministério Público, a depender do momento processual em que se encontre o caso concreto. A previsão deu azo ao ajuizamento de uma ADI⁴⁶ no Supremo Tribunal Federal, na qual se questionava a legitimidade da autoridade policial para a celebração do acordo e, com isso, a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º. Ao julgar a matéria, o STF decidiu pela constitucionalidade de ambos os dispositivos, e definiu que se ainda estiver em curso a fase de investigação, é facultado ao delegado de polícia celebrar o acordo, com a ressalva de que o *Parquet* deve ser ouvido antes da decisão de homologação. Por outro lado, se o processo penal já tiver se iniciado, apenas o Ministério Público pode firmar o acordo.

Outro ponto que merece relevo, e que vem suscitando certas polêmicas na aplicação do instituto, é a exigência de que o colaborador renuncie ao seu direito de silêncio e se sujeite ao compromisso legal de dizer a verdade, na forma do §14. Cuida-se, na acepção do professor Eduardo de Araújo Cavalcanti, de dispositivo de nítido viés inconstitucional, pois, “como se sabe, o silêncio é direito fundamental previsto não só pelo inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, como também no art. 8º, 2, g da Convenção Americana de Direitos

⁴⁵ STF, HC nº 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, unanimidade, julgamento em 27/08/2015, DJE 04/02/2016, p. 26-28.

⁴⁶ STF, ADI nº 5.508/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, julgamento em 20/06/2018, DJE 25/06/2018.

Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário”⁴⁷. Há, inclusive, uma ADI⁴⁸ pendente de julgamento pelo STF, mas que já conta com parecer contrário da PGR, por meio da qual se questiona a constitucionalidade do dispositivo.

Assim, em resumo, verifica-se que o procedimento para a celebração de um acordo de colaboração premiada se inicia com as negociações entre o investigado e as autoridades de investigação (polícia e/ou Ministério Público). Firmado o acordo, este é levado até o juiz, que, após analisar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, o homologará. Em seguida, se as informações prestadas pelo colaborador, incluindo as suas declarações e outros elementos de informação, já forem suficientes para se alcançar um dos resultados listados nos incisos do art. 4º, o benefício é aplicado; caso contrário, o prazo para oferecimento da denúncia é suspenso e passa-se ao cumprimento das medidas de colaboração, que, em sendo frutíferas, possibilitarão a concessão do benefício.

Em meio a esse grande número de leis a tratar do instituto da colaboração, há quem defenda que existe um verdadeiro “microsistema de estímulo à verdade”, composto por toda essa legislação citada até aqui, que convivem por obra do princípio da especialidade. É o que dizem Cleber Masson e Vinícius Marçal⁴⁹:

Uma conclusão desde já se impõe: a Lei 12.850/2013 **convive**, em obséquio ao princípio da especialidade, com as demais leis que tratam da colaboração premiada, num verdadeiro “**microsistema de estímulo à verdade**”. Não houve, pois, revogação dos demais diplomas, com exceção da antiga Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995).

Mas em razão desse emaranhado de leis disciplinando a concessão de benefícios mediante o cumprimento de determinados requisitos, é bem possível que se instaure no caso concreto um **conflito aparente de normas**.

Nesse campo, não pode prevalecer o critério cronológico – lei posterior revoga a anterior –, o qual, para além de desconsiderar a especialidade, culminaria na aplicação exclusiva dos prêmios e requisitos previstos na LCO, por ser a mais recente. Portanto, há de prevalecer a lei específica em análise conglobada com as Leis 9.807/1999 (que funciona como a norma geral material da delação premiada) e 12.850/2013 (que serve como uma lei geral procedimental das delações). **(grifos dos autores)**

Assim, por ser a única norma a prever de forma tão detalhada o procedimento dos acordos de colaboração, a Lei n.º 12.850/2013 acaba funcionando como uma espécie de lei geral procedimental das delações, de modo que a maior parte dos seus dispositivos se aplica

⁴⁷ CAVALCANTI, Eduardo de Araújo. *Direito penal de barganha: aspectos inconstitucionais do instituto da colaboração premiada na lei 12.850/13*. Parahyba Judiciária. João Pessoa, v. XI, p. 157-170, ago. 2018.

⁴⁸ ADI nº 5.567/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

⁴⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Op. cit.* p. 173.

não só aos acordos de colaboração firmados em casos envolvendo organizações criminosas, mas a qualquer um.

3.3. O VALOR PROBATÓRIO DAS COLABORAÇÕES

Delineados os contornos mais importantes conferidos pela Lei n.º 12.850/2013 ao instituto da colaboração premiada, cumpre agora analisar o seu valor ou *status* probatório, questão das que mais suscita debates acalorados tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e que é o tema central do presente trabalho.

Em primeiro lugar, não é desimportante o fato de o instituto estar previsto na Lei n.º 12.850/2013 em um capítulo intitulado “da investigação e dos meios de obtenção de prova”. Não bastasse, o art. 3º, que o inaugura, dispõe que “em qualquer fase da persecução penal, serão admitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova”, sendo a colaboração premiada é listada logo no primeiro inciso. Diante disso, se infere que a colaboração premiada é não um meio de prova propriamente dito, mas sim um meio para a sua obtenção cuja natureza jurídica é a de negócio jurídico processual, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 127.483/PR. Tal distinção, porém, reclama maiores considerações, eis que vem sendo fonte de alguns equívocos por parte da doutrina.

Como se sabe, as provas, ou meios de prova, são produzidas no curso do processo judicial, e servem ao convencimento do juiz acerca dos fatos que se discutem no âmbito do caso concreto. Por sua vez, os meios de obtenção de prova consistem em mecanismos, colocados à disposição das partes, por meio dos quais se busca a colheita de elementos que, eventualmente, no momento oportuno, serão utilizados como prova no processo judicial. Ou, ainda, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima⁵⁰:

Por sua vez, meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo.

(...)

Por fim, os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 779-780.

que não o juiz (v.g., policiais). No Código de Processo Penal, apesar de inserida entre os meios de prova, a busca pessoal ou domiciliar deve ser compreendida como meio de investigação, haja vista que seu objetivo não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova.

Isso implica em dizer que as colaborações premiadas, meios de obtenção de prova que são, não se prestam diretamente ao convencimento do julgador. Contudo, boa parte da doutrina vem se equivocando e tirando conclusões erradas a partir desse dado. É que, se bem analisada a Lei 12.850/2013, percebe-se que ela se refere à colaboração premiada, ou, melhor, ao acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova, o que, de fato, é verdade. O acordo celebrado entre os órgãos de persecução penal e o investigado consiste em um meio a partir do qual tais órgãos terão acesso a diversos elementos que, futuramente, poderão ser apresentados como meios de prova no bojo do processo criminal que eventualmente se instaurar.

Ocorre que parcela da doutrina vem interpretando tal disposição legal no sentido de que as declarações prestadas pelo colaborador é que seriam meios de obtenção de prova, quando, na verdade, trata-se de elementos que podem, sem maiores problemas, serem convolados em provas, a depender apenas da sua corroboração por outros elementos, como se verá mais adiante. Não é outra a conclusão a que chegou o plenário do Supremo Tribunal ao julgar o HC nº 127.483/PR. Eis mais um trecho do voto do relator, Ministro Dias Toffoli:

Como se observa, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito.

Outrossim, o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador.

Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

Nesse sentido, dispõe o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.⁵¹ **(grifos nossos)**

Assim, em uma situação hipotética, um indivíduo celebra um acordo de colaboração premiada no qual, além de declarar tudo o que sabe sobre a organização criminosa e as práticas delitivas que vêm sendo investigadas, entrega ou se compromete a entregar extratos bancários que comprovam a transferência de recursos ilícitos e mensagens trocadas via *e-mail*

⁵¹ STF, HC nº 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, unanimidade, julgamento em 27/08/2015, DJE 04/02/2016. p. 21.

atestando o ajuste dos crimes. Nesse caso, tem-se, pelo menos, três elementos passíveis de serem transformados em provas no curso do processo judicial: as declarações do investigado, os extratos bancários e as mensagens eletrônicas. O meio de obtenção de prova, isto é, o meio pelo qual se chegou a tais elementos descritos anteriormente, é o acordo de colaboração em si, celebrado entre o indivíduo e as autoridades investigativas.

Entretanto, parte da doutrina vem, de forma desarrazoada, afirmando que as declarações prestadas pelo colaborador são meios de obtenção de prova, o que não se sustenta. A confusão parece surgir de uma leitura desacertada da Lei 12.850/2013, quando esta, ao dispor que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, pode dar a entender que a colaboração consiste nas declarações (que não deixam de ser uma “colaboração”, se considerado o sentido literal da palavra) prestadas pelo investigado que celebra o acordo. Porém, como já se teve a oportunidade de demonstrar, é o acordo em si que consiste em um meio de obtenção de prova, ao passo que todos os elementos que são por meio dele obtidos podem, no momento oportuno, se transformar em meios de prova propriamente ditos.

Assim, se bem analisadas as coisas, mesmo a expressão “valor probatório da colaboração premiada” é incorreta, uma vez que de prova não se trata. Com efeito, os elementos porventura obtidos a partir de uma colaboração são meios de prova como outros quaisquer, a depender, obviamente, da sua natureza. A título ilustrativo, imagine-se que um investigado celebra acordo de colaboração premiada e informa aos órgãos de persecução penal a localização de documentos que comprovam a prática dos crimes que estão a ser apurados. Diante disso, o membro do Ministério Público pede e o juiz determina uma busca e apreensão, por meio da qual se têm acesso aos tais documentos. Na fase de instrução do processo judicial, o depoimento do colaborador e os documentos apreendidos serão apresentados como provas, sendo que o acordo de colaboração apenas serviu de meio para a obtenção tanto de uma quanto de outra. Estas é que, efetivamente, possuem valor probatório, e não a colaboração premiada em si. Logo, frise-se desde já que o acordo de colaboração é apenas um meio, dentre tantos outros, de se chegar às provas de um determinado delito, não possuindo, portanto, “vida própria”.

Entretanto, como se teve a oportunidade de ressaltar, a colaboração premiada é um instituto bastante polêmico, eis que o Estado, na prática, legitima e institucionaliza uma forma de traição, ainda que intencionada à elucidação de crimes, e premia aqueles que dela se utilizam. Ou, ainda, porque, “com esta medida, o Estado confessa abertamente a sua

incapacidade de exercício do controle social do intolerável e convoca em seu auxílio o próprio criminoso”⁵².

Com efeito, é natural que sejam lançadas suspeitas sobre a veracidade das informações prestadas por alguém que confessadamente praticou um crime e, no momento em que a sua situação se dificultaria, resolve delatar os demais envolvidos, com os quais ajustou a prática criminosa, no intuito de receber uma reprimenda menos severa do Estado, ou mesmo não receber punição alguma, conforme advertem Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato⁵³:

Note-se que, ainda que seja possível afirmar ser mais positivo moralmente estar ao lado da apuração do delito do que de seu acobertamento, é, no mínimo, arriscado apostar em que tais informações, que são oriundas de uma traição, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja. No entanto, a despeito de tudo isso, a verdade é que a delação premiada é um instituto adotado em nosso direito positivo.

A figura do arrependido se confunde, em uma verdadeira zona cinzenta, com a do utilitarista ganancioso, de modo que não é possível saber, de antemão, se aquele que adere a um acordo de colaboração premiada está empenhado em dizer a verdade ou se a sua intenção é meramente a de se esquivar da reprimenda penal, ou, pior ainda, a de se vingar daqueles que o acompanharam (ou não) na empreitada criminosa. Há, portanto, “evidente perigo nos elementos oriundos do criminoso colaborador, pois, dentre as motivações do delator não se pode descartar seu próprio interesse”⁵⁴.

Em razão disso, o legislador se preocupou, desde logo, em estabelecer limites ao que se pode deduzir das declarações prestadas no âmbito de uma colaboração premiada. Para isso, cuidou a lei de limitar a atividade cognitiva dos juízes, com vistas a não permitir que as informações prestadas pelos colaboradores fossem tomadas como verdades absolutas. Nesse contexto é que o §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 dispõe que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* p. 116.

⁵³ *Ibi idem.* p. 117.

⁵⁴ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1003.

Trata-se de uma limitação legal ao livre convencimento judicial, num autêntico regime de prova legal negativa⁵⁵. Ou seja, o legislador, ao assim proceder, definiu, com todas as palavras, que as declarações do colaborador premiado, por si só, não constituem meio de prova apto a ensejar uma condenação criminal. Não estabeleceu, como se tem repetido por aí, que as declarações do agente colaborador não são meio de prova, mas sim que, embora o sejam, não podem, por si só, viabilizar uma condenação. É semelhante ao que ocorre, por exemplo, com os crimes que deixam vestígios, nos quais, por expressa determinação legal (art. 158 do Código de Processo Penal), é indispensável a realização de exame de corpo de delito, sem o qual não se provará a materialidade do fato, não podendo supri-lo nem mesmo a confissão do acusado. Nesse caso, contudo, o próprio Código, mais à frente (art. 167), ressalva que a prova testemunhal poderá suprir a falta do exame pericial em caso de desaparecimento dos vestígios. Há, ainda, o exemplo do art. 155, que veda a condenação baseada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase de investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A lei, então, por vezes, estipula cláusulas de limitação legal ao livre convencimento dos juízes, o que não significa um retrocesso ao modelo da prova tarifada. Cuida-se, em verdade, de uma limitação imposta pelo Poder Legislativo à atividade cognitiva dos juízes, motivada por uma preocupação prática – ou seja, com aspecto de política criminal – com o perigo que a livre valoração das declarações de um criminoso confesso, ávido por um tratamento menos severo por parte do Estado, representaria para a garantia fundamental da presunção de inocência e, conseqüentemente, para a saúde do estado democrático de direito. É dizer: o legislador, apreensivo com um possível uso desvirtuado do instituto, limitou o seu alcance, de modo que aos juízes é vedado proferir sentença condenatória lastreada unicamente em declarações prestadas no âmbito de uma colaboração premiada.

Mas, então, o que seria necessário para que um juiz condene um acusado, no contexto de um crime no qual a investigação foi guiada por declarações fornecidas em um acordo de colaboração premiada? A doutrina, em sua maioria, fala em uma “regra de corroboração”, que se traduz na necessidade de que as declarações do agente colaborador sejam corroboradas, ou seja, confirmadas por outros elementos materiais. Cuida-se, na verdade, de regra de origem antiga, que, conforme ilustra Luís Henrique Machado⁵⁶, remete à Inglaterra do século XVIII,

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da lei nº 12.850/13*. Revista Jurídica Consulex, n. 443, p. 26-29, fev 2015. p. 3

⁵⁶ MACHADO, Luís Henrique. *A delação premiada e o elemento corroborativo de prova em fase de recebimento da denúncia*. Revista Consultor Jurídico, 28 de setembro de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/prova-corroboracao-delacao-imprescindivel.pdf>>. Acesso em mar. 2019.

época em que já vigorava uma natural desconfiança quanto às imputações feitas por cúmplices de um suposto crime:

No início do século 18, na Inglaterra, os jurados eram comumente avisados pelos juízes no julgamentos sobre a fraqueza particular inerente ao testemunho de cúmplices (*the particular weakness inherent in the testimony of accomplices*), oportunidade em que duas pessoas estavam envolvidas no mesmo fato. Atualmente, tal hipótese pode ser comparada à delação de corréus.

Desde então, surgiram as balizas do *corroboration rule*, como critério indispensável para se comprovar a culpa entre cúmplices. Como restou anotado pelo Lord Abinger no caso *R. v. Farler*, (1837): “*é uma prática que merece toda a reverência da lei, que os juízes diziam uniformemente aos júris que não deveriam ter qualquer respeito ao testemunho de um cúmplice, a menos que o cúmplice seja corroborado em algumas circunstâncias materiais... O perigo é que, quando um homem é flagrado, e sabe que sua própria culpa é detectada, ele compra a imunidade acusando falsamente os outros*”.

Repare que já se sabia desde o começo sobre o perigo de acusações levianas e suas consequências quando um cúmplice “testemunhava” contra o outro. Ao se desenvolver o conceito sedimentou o entendimento de que a apresentação de elementos corroborativos são indispensáveis para implicar o [outro] cúmplice.

Nesse sentido, foram estabelecidas as raízes da regra de corroboração no célebre caso *R. v. Baskerville*, ainda no século 18, na Inglaterra, tornando-se tal prática essencial ao *rule of law*.

Assim é que o depoimento do colaborador, por si só, não é suficiente para atestar a ocorrência de um determinado fato criminoso e nem a autoria deste, exigindo-se a presença de outros elementos que o ratifiquem. Estes, por sua vez, podem tanto ser apresentados pelo beneficiário do acordo, como também podem ser buscados e obtidos com o auxílio dos órgãos investigativos.

Em outra situação hipotética, se um indivíduo, ao firmar acordo de colaboração premiada, apresenta, desde logo, elementos que corroboram a sua narrativa – como, por exemplo, livros empresariais que demonstram a prática de lavagem de dinheiro pela organização criminosa –, pode-se falar, desde já, que foi cumprida a “regra de corroboração”. Contudo, se a sua única contribuição foi fornecer um relato sobre as atividades criminosas desenvolvidas pela organização, os órgãos de investigação, a partir do que lhes foi dito, irão diligenciar com o intuito de encontrar os elementos informados e, só após isso, é que restará satisfeita a tal “regra de corroboração”.

É esta, aliás, a razão de ser do §3º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013: em não sendo possível, somente com os elementos trazidos pelo próprio colaborador, se chegar a um dos resultados exigidos pela lei (art. 4º, incisos I a V), o prazo para o oferecimento de denúncia ou o processo podem ser suspensos por até seis meses, prorrogáveis por mais seis, para que se cumpram as chamadas “medidas de colaboração”, que nada mais são do que as diligências

realizadas pelos órgãos de persecução penal com vistas a encontrar elementos que confirme o teor das declarações do agente colaborador.

Dessa forma, em resumo, os depoimentos prestados pelo agente colaborador, pelas razões já expostas, têm o seu *status* probatório atenuado pela legislação que rege os acordos de colaboração premiada. Tais declarações, sozinhas, não constituem meio de prova legítimo para embasar a prolação de uma sentença penal condenatória, o que, em última análise, quer dizer que o relato de um colaborador premiado, por si só, não serve à formação de um convencimento judicial no sentido de que determinada prática criminosa aconteceu (materialidade) e que determinada pessoa a praticou (autoria).

4. A LIMITAÇÃO DO VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR E A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

4.1. PREMISSAS TEÓRICAS

No primeiro capítulo, foi visto que o direito de acusação do Estado – ou melhor, o direito ao regular desenvolvimento do processo penal em direção a um julgamento de mérito – sofre uma limitação de ordem prática, motivada pelo alto grau de interferência do direito de punir na esfera privada dos indivíduos, o que faz com que o simples fato de estar sendo processado criminalmente atinja o *status dignitatis* daquele que está sendo acusado. Nesse sentido, viu-se que apenas quando há indícios suficientes acerca da materialidade do fato e da autoria do acusado, isto é, somente quando presente a justa causa, é que alguém pode ter um processo criminal instaurado em seu desfavor.

Por sua vez, no capítulo seguinte, fez-se uma análise do instituto da colaboração premiada, que culminou com o estudo do seu valor probatório. Na oportunidade, foi dada ênfase à limitação legal imposta pelo §16 do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, segundo a qual nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Com efeito, embora não seja tão evidente, os temas estão intimamente ligados, e a sua relação ganha ainda mais relevo diante do cenário atual, em que delações premiadas envolvendo pessoas públicas notórias ocorrem a todo o momento, recebendo grande destaque nos veículos da mídia nacional. É que, ao mitigar o *status* probatório das declarações do colaborador premiado – cujos motivos já foram exaustivamente elencados no capítulo anterior –, o dispositivo retirou a sua aptidão para, isoladamente, influenciarem no convencimento do juiz da causa. Ao assim proceder, o legislador, de certa forma, desacreditou, ou, melhor ainda, impôs uma presunção de desconfiança às declarações daqueles que firmam acordos de colaboração premiada, que só é afastada quando outros elementos a corroborem. Dessa forma, há de se concluir que se tais declarações, sozinhas, não são suficientes para fundamentar uma condenação, também não o são para sustentar a probabilidade da ocorrência de um crime e sua respectiva autoria. É dizer: se, por expressa determinação legal, o relato de um colaborador premiado, desacompanhado de elementos que o corrobore, não goza de credibilidade suficiente para embasar um juízo positivo acerca da materialidade do fato e da autoria do acusado, tal limitação também se aplica ao momento em que se está apenas a analisar a existência de indícios suficientes para a instauração do processo criminal.

Disso se extrai que, além de não ser possível condenar um acusado somente com base no que relatou um colaborador premiado, também não se pode considerar satisfeita a exigência da justa causa quando a denúncia vem lastreada unicamente em relatos dessa natureza. Em ambos os casos, se está a tratar de um elemento (meio de prova, na primeira hipótese, e elemento de informação, na segunda, eis que ainda não submetido ao crivo do contraditório) sobre o qual pesa uma presunção de incerteza, uma suspeição, de modo que, tanto em um quanto em outro, se faz necessário a presença de outros elementos de corroboração.

Porém, antes se entrar em maiores detalhes, alguns pontos devem ser revisitados. Em primeiro lugar, cumpre aprofundar a distinção, já introduzida no tópico do primeiro capítulo referente à justa causa (1.3), entre meios de prova e elementos de informação, o que é feito de forma bastante elucidativa por Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa⁵⁷:

É preciso retomar — para compreender — a distinção entre atos de investigação e atos de prova. Como explica Ortells Ramos, uma mesma fonte e meio podem gerar atos com naturezas jurídicas distintas e, no que se refere à valoração jurídica, podem ser divididos em dois grupos: *atos de prova* e *atos de investigação*.

Sobre os atos de prova, podemos afirmar que: estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; estão a serviço do processo e integram o processo penal; dirigem-se a formar um juízo de certeza — tutela de segurança; servem à sentença; exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Substancialmente distintos, os atos de investigação (instrução preliminar): não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária. Partindo dessa distinção, conclui-se facilmente que o IP somente gera *atos de investigação* e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo.

Logo, como se pode observar, a investigação preliminar – que, na quase totalidade dos casos, se dá por meio do inquérito policial – se presta à formação da *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, do Ministério Público. Este, a partir dos elementos que forem colhidos pela

⁵⁷ LOPES Jr., Aury Celso Lima; ROSA, Alexandre Morais da. *Contaminação inconsciente do julgador e a exclusão física do inquérito*. Revista Consultor Jurídico, 26 de outubro de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconsciente-julgador-exclusao-inquerito>>. Acesso em nov. 2018.

atividade investigativa, formará a sua convicção acerca da presença de indícios suficientes quanto à materialidade do fato e à autoria do acusado, ou seja, irá analisar se foi superada a barreira da justa causa (*probable cause*), e, em positivo o juízo, deverá optar pelo processo e oferecer a denúncia. Por outro lado, se os elementos de informação colhidos não possibilitarem a formação de um juízo de probabilidade sobre a prática delituosa e a respectiva autoria do investigado, o *Parquet* deverá optar pelo não processo e pedir o arquivamento do inquérito. Porém, nada impede, conforme já se discutiu, que o Ministério Público exerça livremente o seu direito de ação e ofereça a denúncia, sendo que esta será objeto de apreciação por parte do juiz, que só deve recebê-la se considerar presente a justa causa, por meio de decisão devidamente fundamentada nesse sentido. Em contrapartida, se o órgão ministerial se convencer da ausência de justa causa e pedir o arquivamento, o juiz, em caso de discordância, deve remeter os autos ao procurador-geral⁵⁸, a quem caberá a palavra final acerca do arquivamento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

De outra natureza são os meios de prova, que têm o objetivo de formar um juízo de certeza, e não de mera probabilidade, sobre a materialidade do fato apontado como criminoso e a sua respectiva autoria. Com efeito, os meios de prova são apresentados pelas partes (acusação e defesa) no curso do processo judicial, o que normalmente ocorre no momento da instrução probatória, no qual serão submetidas ao exercício do contraditório e, por fim, serão consideradas produzidas, isto é, aptas a influenciar o convencimento do juiz da causa. A exceção fica com as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme o art. 155 do Código de Processo Penal, eis que estas, por sua própria natureza, surgem em momento anterior ao da instrução processual, como é o caso das provas documentais e das perícias técnicas. Porém, mesmo estas devem ser submetidas ao contraditório no momento oportuno, com o fim de oportunizar aos acusados que refutem adequadamente a sua aptidão. Finalizada a instrução, o juiz analisará as provas que foram produzidas e formará o seu convencimento, só devendo julgar procedente a acusação e, assim, condenar o acusado, se superada a barreira da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*) acerca da materialidade do fato e da autoria do acusado.

De posse de tais conceitos, indaga-se qual seria a natureza da colaboração premiada. Conforme já exposto no capítulo anterior, os acordos de colaboração premiada são meios de obtenção de prova, de modo que os elementos obtidos por meio deles são elementos como

⁵⁸ No âmbito do Ministério Público dos Estados, o arquivamento é mesmo remetido ao Procurador-Geral de Justiça. No Ministério Público Federal, tal atribuição pertence à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, por força do art. 62 da Lei Complementar n.º 75/1993.

outros quaisquer, que irão se converter, no momento oportuno, isto é, no curso do processo judicial, em provas propriamente ditas.

Na maioria das vezes, o acordo de colaboração premiada é celebrado ainda na fase de investigação, de modo que, segundo os conceitos tratados acima, os seus elementos terão, por enquanto, a natureza de atos de investigação (elementos de informação). Ou seja, tanto o depoimento prestado pelo colaborador, quanto os demais elementos materiais que forem por ele fornecidos (ou obtidos pelos órgãos de investigação após a sua indicação), irão constituir, nesse momento inicial de investigação, elementos de informação, destinados, portanto, à formação de juízo de probabilidade e, conseqüentemente, ao recebimento da denúncia e instauração do processo penal.

Posteriormente, durante a fase de instrução do processo, tais elementos, além de outros que o órgão acusador reputar convenientes, devem ser apresentados novamente, dessa vez perante o juiz, com vistas a possibilitar que o acusado exerça o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Só após isso é que se poderá dizer que a prova foi devidamente produzida, estando, assim, apta a ser valorada pelo juiz da causa e dar razão a uma eventual condenação, que, como se viu, exige um juízo de certeza. Logo, em resumo, os elementos fornecidos pelo agente colaborador podem, a depender do momento em que se está a analisá-los, constituir tanto elementos de informação quanto meios de prova.

Superadas as distinções conceituais, volta-se à questão das consequências da imposição, por parte do legislador, de cláusula limitadora do alcance probatório dos depoimentos prestados pelo colaborador premiado (art. 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013), que, como se sabe, proíbe os juízes de proferirem sentença condenatória com base exclusivamente em tais declarações. O que cumpre indagar, diante de tal situação, é se, ao assim proceder, teria o legislador também vedado que os relatos dos colaboradores fossem aptos a configurar a justa causa. Ou, em outras palavras – e este é o ponto fulcral do presente trabalho –, de posse apenas de declarações prestadas por um agente colaborador, um juiz não pode condenar um acusado, mas pode receber a denúncia e dar início ao processo penal?

Em uma primeira análise, a resposta para a pergunta elencada acima pode parecer ser positiva. Isso porque, ao se averiguar friamente os dispositivos, o que se vê é uma proibição direcionada somente à prolação de uma sentença condenatória, e não à decisão de recebimento da denúncia ou queixa. Ou seja, em termos literais, a limitação legal ao livre convencimento incidiria apenas sobre a decisão jurisdicional que analisa definitivamente o mérito, isto é, sobre a sentença, e não sobre a que dá início ao processo penal, na qual se faz um mero juízo de probabilidade.

Porém, não se pode compactuar com esse entendimento, na medida em que, se assim fosse, o Poder Judiciário estaria, de certa forma, se demitindo da sua função de frear o poder/dever de acusar do Estado, pois a submissão de alguém à condição de réu ficaria completamente à disposição dos órgãos de persecução penal e, o que é ainda mais grave, de “criminosos colaboradores”. Ou seja, a decisão de recebimento da denúncia, que funciona como uma espécie de filtro e exerce uma importantíssima função garantidora, seria transformada em uma mera homologação do relato de tais agentes colaboradores, submetidos somente ao crivo dos órgãos de persecução, mas não ao do órgão judicial. Imbuído dessa preocupação, observa Luís Henrique Machado⁵⁹ que:

Ora, se a delação, por si só, configurasse elemento autorizador para iniciar a ação penal, bastaria então aparelhar a denúncia aos anexos da colaboração homologada e realizar uma audiência pró-forma de recebimento, reduzindo esta fase de elevada importância processual a um simples procedimento cartorário com o aval judicial.
(...)

Como se vê, os delatados ficam, nesta fase, refém das palavras dos delatores. Se prevalecer a interpretação de que a delação, mesmo ausente qualquer elemento corroborativo de prova, autoriza o recebimento da denúncia, o que ocorrerá é uma verdadeira profusão de ações penais, sem um controle prévio mínimo, submetendo o indivíduo ao constrangimento ilegal de responder a uma ação penal estéril.

Além disso, a vingar o entendimento contrário, de que serviria o inquérito policial nos casos envolvendo organizações criminosas? Se o inquérito consiste em uma fase administrativa, anterior ao recebimento da denúncia, na qual se irá coletar indícios da materialidade do fato e se buscará os prováveis responsáveis, qual é a sua razão de ser se tudo isso pode ser substituído pelo depoimento de um investigado que celebra uma acordo de colaboração premiada? É por isso que se deve fazer coro à constatação de que os relatos de colaboradores têm como vocação principal a de apontar caminhos, ou seja, a de orientar a atividade investigativa, que, por sua vez, em logrando êxito na coleta de elementos que corroborem o que foi dito pelos colaboradores, autorizam a formação de um juízo de probabilidade, possibilitando o oferecimento e o recebimento da denúncia.

No mesmo sentido também se manifesta Pierpaolo Cruz Bottini⁶⁰, que, ao fazer a devida diferenciação entre o *status* do depoimento de uma testemunha e o de um colaborador, observa que:

⁵⁹ MACHADO, Luís Henrique. *Op. cit.*

⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo. *A palavra do colaborador não é suficiente para o recebimento da denúncia*. Revista Consultor Jurídico, 04 de junho de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/direito-defesa-palavra-colaborador-nao-suficiente-recebimento-denuncia>>. Acesso em nov. 2018.

A colaboração premiada é importante para a investigação de delitos — mas é mero instrumento, uma ferramenta de auxílio nas apurações. O colaborador, por ser alguém que confessadamente se envolveu em práticas ilícitas, não tem o status de testemunha. Apesar de ser obrigado a falar a verdade, sob pena de perder os benefícios do acordo, sua condição é diversa. Não se trata de mero expectador de fatos alheios, mas de pessoa envolvida no contexto delitivo, que presta depoimentos com o escopo de obter vantagens permitidas por lei, em troca de informações às autoridades públicas.

Assim, os depoimentos do colaborador devem ser pesados com cautela. Ainda que sejam elemento relevante para orientar investigações, apontar rumos e indicar linhas de pesquisa, não são provas em si.

Assim, tem-se que os depoimentos daquele que celebra um acordo de colaboração exercem um papel de fundamental importância na elucidação de crimes praticados por organizações criminosas, na medida em que se prestam a orientar os órgãos de investigação sobre onde e como podem coletar elementos que futuramente poderão ser usados como provas, poupando-lhes tempo e esforço. Isso, porém, nos casos em que o colaborador não dispõe, ele próprio, de elementos que corroborem o seu relato, situação em que a atividade investigativa é ainda mais reduzida ou até dispensada, a depender da aptidão que os elementos apresentados têm de cumprir a regra de corroboração.

Entretanto, não se pode querer que tais declarações, desacompanhadas de quaisquer elementos que as confirmem, substituam completamente a atividade investigativa do Estado, dando-se este por satisfeito diante apenas da palavra de um indivíduo que assumidamente participou da atividade delitiva. Se o colaborador não dispõe de elementos de corroboração no momento em que presta o seu depoimento aos órgãos de persecução, devem estes, orientados pelas informações repassadas pelo “arrependido”, diligenciar e empreender esforços para averiguar se os seus relatos são plausíveis. Só depois disso é que o órgão acusador pode formar a sua *opinio delicti*, pois, até então, o que se tem são apenas ilações, por mais consistentes que sejam, sobre as quais a lei impõe uma presunção de falta de legitimidade.

4.2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tempos atrás, a tese oposta era a que prevalecia no Supremo Tribunal Federal⁶¹. A jurisprudência da Suprema Corte foi afirmada e reafirmada no sentido de que as declarações

⁶¹ Para subsidiar o presente trabalho, se terá como base quase exclusivamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, porque se trata do órgão de cúpula do Poder Judiciário, de maneira que é o tribunal que efetivamente dá a última palavra e, assim, define as questões jurídicas nacionais. Ademais – e não menos importante –, porque, em razão da sua competência originária para processar e julgar ações penais envolvendo diversas autoridades, nas quais se incluem o Presidente e o Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, todos os membros do Congresso Nacional, Ministros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República, além dos seus próprios Ministros, o Supremo Tribunal Federal

do colaborador premiado, embora não pudessem, por si só, justificar uma condenação, eram suficientes para a abertura da ação penal, isto é, para a configuração de justa causa. É a essa conclusão que se chega quando se analisa os acórdãos proferidos pelo Tribunal nos primeiros processos que trataram da temática, pouco após o início da vigência da Lei nº 12.850/2013, ainda nos estágios embrionários da hoje popular operação lava-jato, que inundou a Corte de inquéritos policiais⁶², em sua grande maioria baseados em informações obtidas em acordos de colaboração premiada.

Um caso paradigmático, em razão de tratar-se de denúncia oferecida em desfavor do então Presidente da Câmara dos Deputados, além de ter sido um dos primeiros a envolver a temática, serve bem de ponto de partida para a análise do tema. Cuida-se do INQ nº 3.983/DF, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que, em razão de previsão regimental⁶³, coube à análise do Plenário da Corte, e não de uma das Turmas. Em suma, o Procurador-Geral da República havia denunciado o congressista pela suposta prática de crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, tendo como base colaborações premiadas. Sem adentrar no mérito relativo à presença ou não de outros elementos de informação a subsidiar a denúncia, mesmo porque não se tem acesso à totalidade dos autos, mas somente às decisões proferidas, o fato é que, no acórdão, ficou expressamente consignada a possibilidade de recebimento de denúncia lastreada exclusivamente em declaração prestada por agente colaborador. O relator, é verdade, não se referiu expressamente à tese em seu voto. Porém, durante a leitura do voto do Ministro Celso de Mello, este travou a seguinte discussão com o Ministro Marco Aurélio:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas uma observação, e revelo a óptica sobre a matéria. **O objeto da delação premiada não serve, por si só, à condenação. Serve, em termos de indícios de autoria, ao recebimento da denúncia.**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – **Tem razão Vossa Excelência, Ministro MARCO AURÉLIO**, pois, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do instituto da colaboração premiada (cujo “*nomen iuris*”

acabou se tornando uma fonte jurisprudencial em constante atualização na temática da colaboração premiada. Isso se dá, basicamente, em razão da avalanche de investigações criminais envolvendo as autoridades acima citadas – sobretudo no âmbito da denominada “operação Lava-Jato” –, nas quais, na maioria das vezes, se está diante de crimes cometidos por meio de organizações criminosas, que, como se sabe, admitem a celebração de acordo de colaboração premiada.

⁶² FALCÃO, Márcio. *Lava Jato no STF: 30% de inquéritos arquivados, com denúncia rejeitada ou absolvição*. Jota, 15 de março de 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/lava-jato-no-stf-30-arquivados-denuncia-rejeitada-absolvicao-15032019>>. Acesso em mar. 2019.

⁶³ Normalmente, as ações penais originárias são julgadas por uma das duas Turmas do Tribunal. Contudo, o art. 5º, inciso I, do Regimento Interno da Corte determina que compete ao Plenário o julgamento de ação penal que envolva o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República.

anterior era o de delação premiada), ressaltando, no entanto, bem antes do advento da Lei n 12.850/2013 (art. 4º, §16), que nenhuma condenação penal poderá ter por único fundamento as declarações do agente colaborador (HC 75.226/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 94.034/SP, Rel. Min. CARMÊN LÚCIA – RE 213.937/PA, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v. g.).⁶⁴ **(grifos nossos)**

Embora a tese afirmada não tenha, naquela ocasião, suscitado um maior debate entre os demais membros da Corte, o fato é que tal entendimento passou a constar no acórdão do aludido inquérito, que, por sua vez, passou a ser citado pelo Ministro Teori Zavascki em seus votos em inquéritos julgados posteriormente, conforme irá se perceber quando das suas respectivas análises.

A seguir, foi julgado o INQ nº 3.979/DF, também de relatoria do Ministro Teori Zavascki, mas dessa vez pela 2ª Turma do Tribunal. A peça acusatória, segundo ressaltou o relator no seu voto, não veio lastreada unicamente em declarações prestadas no âmbito de acordos de colaboração premiada, eis que acompanhada de diversos outros elementos. Mais uma vez, não se está a discutir a veracidade de tal afirmação, uma vez que não se tem acesso à integralidade dos autos, mas somente às decisões publicadas. O fato que interessa a este trabalho é que o relator, no seu voto, assinalou que:

17. Cabe ressaltar, por fim, que, ao contrário do que sustentam as defesas, **a denúncia não está amparada apenas em depoimentos prestados em colaboração premiada**. Como já consignado, há outros inúmeros indícios que reforçam as declarações prestadas por colaboradores, tais como registros telefônicos, depoimentos, informações policiais e documentos apreendidos, o que basta neste momento de cognição sumária, em que não se exige juízo de certeza acerca de culpa. **Convém mencionar, nesse contexto, que há entendimento nesta Corte, revelado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que “o objeto da delação premiada não serve, por si só, à condenação. Serve, em termos de indícios de autoria, ao recebimento da denúncia” (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016, pág. 175).** Nesse mesmo julgamento, o Ministro CELSO DE MELLO também pontuou que o depoimento prestado no âmbito de colaboração premiada constitui, por si só, elemento indiciário suficiente ao recebimento da denúncia, mas não é apto, como elemento único, para sustentar eventual sentença condenatória, nos termos da Lei 12.850/2013, que expressamente dispõe: “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador*” (art. 4º, §16).⁶⁵ **(grifos nossos)**

Como se pode ver, embora o relator tenha ressaltado a existência de outros elementos, fez, em caráter subsidiário, referência direta àquela observação dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, exarada no acórdão do INQ nº 3.983/DF, acerca da capacidade de

⁶⁴ STF, INQ nº 3.983/DF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 03/03/2016, DJE 08/03/2016. p. 175.

⁶⁵ STF, INQ nº 3.979/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 27/09/2016, DJE 29/09/2016. p. 40.

declarações de colaboradores para a formação de justa causa. O voto foi seguido à unanimidade pelo órgão fracionário.

Logo após, quando do julgamento do INQ nº 3.984/DF, a 2ª Turma novamente ratificou o entendimento acima mencionado, dessa vez fazendo constar expressamente na ementa do julgado a tese ora debatida:

INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 1º, V, DA LEI 9.613/1998. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CISÃO DO PROCESSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal, na análise da Questão de Ordem no INQ 3.980 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 30.6.2016), firmou entendimento de que “não cabe a aplicação subsidiária do art. 229, caput, do CPC/2015 em inquéritos e ações penais originárias atualmente em curso perante o Supremo Tribunal Federal, em que os atos processuais das partes são praticados por via eletrônica e todos os interessados - advogados e membros do Ministério Público - têm acesso amplo e simultâneo ao inteiro teor dos autos”. 2. Segundo afirmado por seu Plenário, cabe ao Supremo Tribunal Federal, ao exercer sua prerrogativa exclusiva de decidir sobre a cisão de processos envolvendo agentes com prerrogativa de foro, promover, em regra, o seu desmembramento, a fim de manter sob sua jurisdição apenas o que envolva especificamente essas autoridades, segundo as circunstâncias de cada caso (INQ 3.515 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 14.3.2014). Ressalvam-se, todavia, situações em que os fatos se revelem “de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento” (AP 853, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 22.5.2014), como ocorre no caso. 3. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 4. No caso, a denúncia contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que permite o pleno exercício do direito de defesa. **5. À luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não constitui prova por si só eficaz para juízo de condenação. Inteligência do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. Serve, todavia, como indício suficiente de autoria para fins de recebimento da denúncia (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016). Presente, no caso, substrato probatório mínimo de materialidade e autoria.** 6. Denúncia recebida. Desprovimento de um dos agravos regimentais, com prejudicialidade dos demais.⁶⁶ **(grifos nossos)**

Convém lembrar, mais uma vez, que não se está discutindo se a denúncia do caso concreto estava ou não subsidiada por outros elementos que não as declarações prestadas por agentes colaboradores. O que se busca ressaltar – e que é objeto do presente trabalho – é o fato de, ao menos em tese, prevalecer o entendimento de que tais declarações, apesar de não

⁶⁶ STF, INQ nº 3.984/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 06/12/2016, DJE 16/03/2017)

serem suficientes para amparar uma sentença condenatória, o são para fins de recebimento da denúncia.

Iniciado o ano de 2016, a 2ª Turma se deparou, na sessão de 7 de março, com o julgamento do INQ nº 3.982/DF, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin⁶⁷, caso em que a denúncia do Procurador-Geral da República foi novamente recebida pela unanimidade dos integrantes da 2ª Turma. Na ementa do acórdão, a tese relativa à suficiência das declarações do colaborador para fins de reconhecimento da justa causa fez-se novamente presente:

INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (Ap 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.06.2015; Inq 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015). 2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 3. **Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria.** 4. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (Inq 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016; e Inq 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.09.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (Inq 2.191, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 08.05.2009), sequer descrita nos presentes autos. 5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012.⁶⁸ **(grifos nossos)**

Nota-se que, mais uma vez, a tese ventilada foi anuída pela totalidade dos membros da 2ª Turma da Corte, o que demonstra que, àquela altura (07/03/2017), todos os Ministros do órgão fracionário estavam, ao menos em tese, de acordo sobre a aptidão das declarações

⁶⁷ Como é de conhecimento geral, o Ministro Teori Zavascki veio a falecer na data de 19/01/2017, no período de recesso do Supremo Tribunal Federal, vitimado por um acidente aéreo. O Ministro, como já se pontuou, era o relator prevento das ações penais originárias relativas à denominada operação “Lava-Jato” no âmbito da Suprema Corte. Com o seu falecimento, o Ministro Edson Fachin, que integrava a 1ª Turma, migrou, em 02/02/2017, para a 2ª Turma, e, após sorteio eletrônico, tornou-se o novo relator dos processos envolvendo a aludida operação policial.

⁶⁸ STF, INQ nº 3.982/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 07/03/2017, DJE 05/06/2017.

prestadas no âmbito de acordos de colaboração premiada para a configuração da justa causa. Além disso, demonstra que mais um dos membros do Tribunal, o Ministro Edson Fachin, se alinhava à tese, uma vez que migrou para a 2ª Turma e, como relator, votou no mesmo sentido que o Ministro Teori Zavascki vinha fazendo.

O mesmo se deu no julgamento do INQ nº 3.990/DF, julgado na sessão de 14/03/2017. O Ministro Edson Fachin, relator, pontuou, no item 19 do seu voto:

19. Cabe ressaltar, por fim, que, ao contrário do que sustentam os acusados, a denúncia não está amparada apenas em depoimentos prestados em colaboração premiada. Como já consignado, há inúmeros outros indícios que reforçam as declarações prestadas pelos colaboradores, tais como dados telemáticos e bancários, depoimentos, informações policiais e documentos, o que basta neste momento de cognição sumária, em que não se exige juízo de certeza acerca de culpa. **Convém mencionar, nesse contexto, que há entendimento nesta Corte, revelado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que “o objeto da delação premiada não serve, por si só, à condenação. Serve, em termos de indícios de autoria, ao recebimento da denúncia” (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016, pág. 175). Nesse mesmo julgamento, o Ministro CELSO DE MELLO também pontuou que o depoimento prestado no âmbito de colaboração premiada constitui, por si só, elemento indiciário suficiente ao recebimento de denúncia, mas não é apto, como elemento único, para sustentar eventual sentença condenatória, nos termos da Lei 12.850/2013, que expressamente dispõe: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16).⁶⁹ (grifos nossos)**

Mais uma vez, embora o julgador tenha ressalvado a existência de outros indícios, utilizou-se, como argumento subsidiário, daquele trecho do debate entre os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello no qual se afirma a suficiência das declarações do colaborador premiado para satisfazer a exigência da justa causa. O voto, novamente, foi seguido à unanimidade pelo órgão fracionário. Cite-se, ainda, o INQ nº 4.112/DF, julgado em 22/08/2017, também de relatoria do Ministro Edson Fachin, que, em seu voto, reproduziu, no item 22, o mesmo trecho utilizado no item 19 do seu voto no INQ nº 3.990/DF, transcrito acima, resultando em mais um julgamento unânime e, portanto, no triunfo da tese.

Entretanto, a partir de setembro de 2017, as coisas começaram a mudar. É que, em 12/09/2017, na sua 2ª sessão extraordinária, realizada pela manhã, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do INQ nº 4.118/DF. O relator, Ministro Edson Fachin, mais uma vez levantou a tese da suficiência das declarações do colaborador para a configuração de justa causa, aduzindo em seu voto que:

⁶⁹ STF, INQ nº 3.990/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 14/03/2017, DJE 02/06/2017. p. 67-68.

Derradeiramente, mostra-se oportuno frisar que **esta Corte Suprema tem entendido, conforme revelado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, que “o objeto da delação premiada não serve, por si só, à condenação. Serve, em termos de indícios de autoria, ao recebimento da denúncia” (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016, pág. 175)**. Durante esse mesmo julgamento, o Ministro CELSO DE MELLO asseverou que o depoimento prestado no âmbito de colaboração premiada constitui, por si só, elemento indiciário suficiente ao recebimento de denúncia, mas não é apto, como elemento único, para sustentar eventual sentença condenatória, nos termos da Lei 12.850/2013, que expressamente dispõe: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16).⁷⁰ **(grifos nossos)**

Entretanto, naquilo que seria talvez a primeira vez em que tal entendimento era, de fato, enfrentado e contestado durante um julgamento, o Ministro Dias Toffoli, antes de iniciar a leitura do seu voto, fez a seguinte observação:

Peço vênia a Vossa Excelência, porque, realmente, me convenci da necessidade de, desde logo, rejeitar-se a denúncia na íntegra. E também **coloco em discussão essa questão que Vossa Excelência cita de um trecho de um voto do Ministro Celso de Mello no sentido de que a colaboração não pode levar, por si só, à condenação; mas que pode, por si só, dar azo ao recebimento da denúncia**.

Entretanto, conforme os dispositivos do Código de Processo Penal, para o recebimento da denúncia, tem que haver a probabilidade de futura condenação. Se se lastreia, única e exclusivamente, em elementos trazidos por colaboradores, em referências ouvidas de colaboradores, em testemunhas que dizem ter ouvido de outro colaborador a respeito do tema e em documentos unilaterais apreendidos com o próprio colaborador, eu não vejo probabilidade de essa denúncia futuramente vir a obter qualquer tipo de sucesso.

E veja que há o momento de a acusação colher provas, o que faz unilateralmente, sempre sob a supervisão de um juiz - no caso aqui, de um juiz constitucional e da maior capacidade que é Vossa Excelência. Se não logrou a acusação, no curso do inquérito, com a manifestação do colaborador - que, como já foi definido pelo Plenário desta Corte, é apenas um elemento para indicação de provas - colher outras provas que não aquelas que estão na seara de um, dois, três, dez, vinte - que sejam cem - colaboradores, não há que se falar em tal possibilidade, com esses elementos e documentos que não provam nada, que são unilaterais. Por exemplo: A anotação em uma agenda do próprio colaborador - "esse valor ia para Fulano". Isso pode ser industriado até a posteriori. Pode ser industriado.⁷¹ **(grifos nossos)**

Ao dar início à leitura do seu voto, o Ministro Toffoli fez uma densa incursão no conceito de justa causa. Em seguida, passou a descrever o que foi relatado pelos colaboradores premiados no caso concreto, ao final do que asseverou que “há que se enfrentar o tormentoso tema da valoração dos depoimentos do colaborador premiado”. E depois de fazer uma análise densa do instituto da colaboração premiada, com referências à doutrina internacional – principalmente à italiana, eis que, segundo o próprio Ministro, a regra do §16 tem inspiração na legislação do país peninsular –, o Ministro Toffoli concluiu que “se os

⁷⁰ STF, INQ nº 4.118/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 08/05/2018, DJE 05/09/2018. p. 21.

⁷¹ *Ibi idem*. p. 36-37.

depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal”. A assertiva baseou-se na doutrina de Vittorio Grevi, que, referindo-se à legislação italiana de mesma natureza, afirma que a norma “estabelece uma espécie de presunção relativa de falta de fidedignidade das declarações incriminadoras feitas por coimputado”.

Segue o Ministro Toffoli diferenciando, como já se fez aqui, a categoria dos meios de prova e a dos meios de obtenção de prova e, após lembrar que as colaborações premiadas pertencem à segunda categoria, conclui:

Nesse contexto, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem **aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar**, visando “adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória”.

Essa, em verdade, constitui a sua verdadeira vocação probatória.

Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, **sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação**, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*.

(...)

Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, **não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação**.

(...)

Nesse diapasão, se nem mesmo a investigação preliminar logrou êxito em reunir indícios consistentes da prática dos crimes imputados ao parlamentar, não há por que se autorizar, sem o necessário lastro, que se busquem esses indícios apenas em juízo.⁷² (grifos do autor)

Assim, tem-se que a “verdadeira vocação probatória” – para se utilizar da expressão adotada pelo Ministro Toffoli – das colaborações premiadas (aqui sendo empregada no sentido das declarações do colaborador) é a de direcionar a atividade investigativa, que, por sua vez, irá empreender esforços para colher os elementos que corroborarão o que foi dito pelo agente colaborador, baseando-se, evidentemente, nas informações forem fornecidas pelo próprio colaborador às autoridades. Isso quando, obviamente, o próprio colaborador não tiver em seu poder elementos que já exerçam tal função de corroboração.

Também é interessante notar que, além de reputar como insuficientes para o preenchimento da justa causa as declarações do colaborador, o Ministro Toffoli também assentou, em seu voto, que “para fins de corroboração das ‘declarações heteroinculpatórias’ do agente colaborador, não são suficientes, por si sós, as declarações harmônicas e

⁷² *Ibi idem*. p. 55-57.

convergentes de outro colaborador”⁷³. Ou seja, em resumo, não se pode considerar cumprida a regra de corroboração quando o que se tem é apenas um relato convergente de um outro indivíduo, também prestado no âmbito de um acordo de colaboração premiada. Isso porque, nas palavras do Ministro:

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade? Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada.⁷⁴

Também não serviriam para fins de corroboração aqueles elementos confeccionáveis unilateralmente e a qualquer tempo pelo colaborador, tendo o Ministro, no caso concreto, desprezado anotações em manuscritos particulares de um dos colaboradores:

Nesse diapasão, essa anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento da denúncia. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de sua validação.⁷⁵

Disso se apreende que elementos que possam eventualmente ter sido fabricados pelo próprio colaborador não têm relevância alguma e nem aptidão para ratificar o que é por ele afirmado, o que se justifica exatamente pela possibilidade de se tratarem de materiais forjados cuja finalidade é corroborar o que foi falseado pelo colaborador em seu depoimento.

Assim, na linha do que vem sendo exposto ao longo do presente trabalho, percebe-se nessa tese trazida pelo Ministro Dias Toffoli um nítido reconhecimento de uma hipótese em que a limitação ao poder-direito de acusar do Estado se manifesta. Tal limitação, por sua vez, decorre do comando legal expresso presente no §16 do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, a partir do qual se verifica uma espécie de presunção de falta de credibilidade dos depoimentos do colaborador. Nesse sentido, conforme já antecipado e defendido no início deste capítulo, não pode o Estado submeter um indivíduo a um processo judicial de natureza criminal, ao fim e ao cabo do qual poderá cercear a sua liberdade, se contra ele tiver apenas o relato de um sujeito que, além de ter confessadamente cometido crimes, está em busca de uma “premiação”,

⁷³ *Ibi idem.* p. 52.

⁷⁴ *Ibi idem.* p. 53.

⁷⁵ *Ibi idem.* p. 47-48.

mesmo que para isso tenha que trair aqueles com quem supostamente havia ajustado a conduta criminosa.

Deve-se ressaltar que, após a leitura do voto do Ministro Toffoli, o Ministro Edson Fachin destacou que a sua “base de sustentação inicial é do próprio Pleno”, referindo-se ao INQ nº 3.983/DF, e que, apesar disso, considerava que no caso concreto havia outros elementos, e não apenas relatos de colaboradores, mantendo, portanto, o seu voto. O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, interrompeu o julgamento com um pedido de vista, o que, entretanto, não impediu o Ministro Gilmar Mendes de tecer duras críticas à forma como os acordos de colaboração premiada vinham sendo celebrados.

No mesmo dia, em sua 25ª sessão ordinária, realizada à tarde, a 2ª Turma retomou o julgamento do INQ nº 3.980/DF. Novamente, após o voto do Ministro Edson Fachin, relator, o Ministro Dias Toffoli abriu a divergência e, utilizando-se da mesma argumentação exposta no seu voto no INQ nº 4.118/DF, rejeitou integralmente a denúncia com relação a dois dos acusados. O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, iniciou a leitura do seu voto fazendo a seguinte observação:

Senhor Presidente, Senhores Ministros, este caso difere, a meu ver, radicalmente, daquele cujo julgamento iniciamos na manhã deste dia presente. Naquele caso, de que pedi vista, Inquérito 4.118, aparentemente - digo aparentemente, porque vou examinar -, havia apenas, como prova fundamental, as declarações do delator. Existiam alguns outros indícios que eu pretendo avaliar se são suficientes para o recebimento da denúncia. Portanto, pedi vista naquele caso. Neste caso, com a devida vênia, é radicalmente distinto. Porque aqui não se tem apenas a palavra dos delatores, mas se tem realmente um lastro indiciário - eu diria que até para esta fase processual é torrencial -, quer dizer, ultrapassa até aquelas exigências do art. 41 do Código Processo Penal.⁷⁶

E, após isso, acompanhou integralmente o voto do relator, divergindo, portanto, do Ministro Dias Toffoli, mas não sem antes ponderar que “Sua Excelência traz uma tese substancial sobre a qual o Supremo Tribunal Federal terá que se debruçar”⁷⁷. Note-se que, nesse caso, o Ministro Lewandowski não divergiu da tese, trazida pelo Ministro Toffoli, de que as declarações dos colaboradores, por si só, seriam insuficientes para o recebimento da denúncia; a sua divergência se deu sobre os elementos fáticos do caso concreto, tendo ele considerado, à diferença do Ministro Toffoli, que havia, sim, quanto àqueles dois acusados, outros elementos além de relatos dos colaboradores premiados. Em seguida, o julgamento foi interrompido por um pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

⁷⁶ STF, INQ nº 3.980/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 06/03/2018, DJE 08/06/2018. p. 309.

⁷⁷ *Ibi idem*. p. 312.

Na sessão de 10/10/2017, o órgão fracionário julgou o INQ nº 4.216/DF, diante do qual o Ministro Edson Fachin, relator, deu a entender que havia se convencido da tese levantada pelo Ministro Dias Toffoli. É que o Ministro Fachin, após reconhecer que a denúncia estava lastreada unicamente em depoimentos prestados por agentes colaboradores, votou pela rejeição da denúncia, ao que foi acompanhado integralmente pelos demais Ministros. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o relator, registrou que “pouco a pouco, vai-se cristalizando, ao menos nesta Turma, que denúncias baseadas apenas em delações premiadas não se sustentam e não podem ser acolhidas”⁷⁸.

Posteriormente, na sessão de 24/10/2017, o Ministro Ricardo Lewandowski devolveu aquele pedido de vista que havia feito no INQ nº 4.118/DF e, ao iniciar seu voto, fez a seguinte observação:

Feita essa brevíssima introdução, assevero que, ao pedir vista para refletir melhor sobre os excelentes votos proferidos, tinha a intenção de me debruçar mais detidamente sobre os autos a fim de verificar se a hipótese em debate traz estampada na denúncia apenas e tão somente a palavra do colaborador ou se há elementos outros, externos à esfera jurídica de Ricardo Ribeiro Pessoa, que pudessem emprestar mínima credibilidade ao que foi por ele delatado e, bem assim, para que seja possível visualizar, ao menos em tese, a viabilidade da própria acusação.⁷⁹

Assim, verifica-se que a razão de ser do pedido de vista do Ministro Lewandowski foi, precisamente, o desejo de fazer uma melhor ponderação acerca do entendimento exposto pelo Ministro Dias Toffoli. No decorrer do seu voto, porém, divergiu da forma como votou Ministro Toffoli, pois entendeu que, no caso concreto, não havia apenas as declarações de colaboradores premiados, o que demonstra que, mais uma vez, a divergência se deu não sobre a tese da insuficiência de tais declarações, mas sim sobre a questão fática. Tanto é que, antes de finalizar o seu voto, o Ministro Lewandowski ressaltou o seu ponto de vista sobre o recebimento de denúncia fundada exclusivamente na palavra do colaborador, asseverando que iria refletir profundamente sobre a tese. O julgamento, contudo, foi novamente interrompido por um pedido de vista, dessa vez do Ministro Gilmar Mendes.

Mais tarde, por ocasião da sessão de 18/12/2017, o Ministro Dias Toffoli devolveu dois processos nos quais havia pedido vista: o INQ nº 3.994/DF e o INQ nº 3.998/DF. Em ambos, o Ministro lançou mão da sua tese relativa à inaptidão das declarações do colaborador premiado para motivar o recebimento de denúncia, contrariando os votos que já haviam sido proferidos pelo relator, no que foi acompanhado, pela primeira vez neste tema, pelo Ministro

⁷⁸ STF, INQ nº 4.216/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 10/10/2017, DJE 20/02/2018, p. 39.

⁷⁹ STF, INQ nº 4.118/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 08/05/2018, DJE 05/09/2018, p. 77.

Gilmar Mendes. O julgamento de ambos os inquéritos se deu pelo placar de dois votos a um, em razão de os Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello não estarem presentes à sessão. Assim, pela primeira vez, foi concluído um julgamento no qual se assentou a tese de autoria do Ministro Dias Toffoli, de modo que remontam a esta data os dois primeiros acórdãos que a reconhecem expressamente, passíveis, portanto, de serem invocados como precedentes em outros julgamentos.

No ano de 2018, quando da sessão de 27/02, o Ministro Gilmar Mendes devolveu o pedido de vista que havia feito no INQ nº 3.980/DF, conforme aludido acima, e, ao votar, acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, acostando-se, portanto, à sua tese. Após mais uma suspensão do julgamento, o Ministro Celso de Mello, na sessão de 06/03, acompanhou, sem maiores considerações, o voto do relator, resultando em um placar de três a dois. Naquela mesma sessão de 27/02, o Ministro Gilmar Mendes também proferiu voto-vista no INQ nº 4.118/DF, tendo novamente acompanhado a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli. Entretanto, o julgamento foi suspenso diante de um segundo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

Com a devolução do pedido de vista do Ministro Lewandowski, que manteve o seu voto, na sessão de 08/05/2018, o Ministro Celso de Mello, ao votar, deixou claro que não é partidário da tese da insuficiência dos relatos dos colaboradores como fundamento para o recebimento da denúncia, fazendo menção àquele famigerado trecho do INQ nº 3.983/DF e consignando que:

Pareceu-me relevante destacar os aspectos que venho de referir, Senhor Presidente, **pois**, embora os elementos de informação prestados *por agente colaborador* **possam** justificar a **válida** formulação de acusação penal, **não podem**, contudo, **legitimar decreto de condenação criminal**, **eis que incumbe** ao Ministério Público o *ônus substancial* da prova **concernente** à autoria e à materialidade do fato delituoso.⁸⁰ **(grifos do autor)**

Há aqui, portanto, uma clara divergência de um membro da Corte acerca dos argumentos trazidos pelo Ministro Dias Toffoli, o que, por sua vez, não se viu no voto dos Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski. O julgamento, então, se deu por três votos a dois, mas não em razão do não acolhimento da tese, pois, como se viu, apenas o Ministro Celso se manifestou expressamente sobre ela.

Na mesma sessão do dia 08/05, foi julgado o INQ nº 4.633/DF, no qual o relator, Ministro Edson Fachin, afirmou em seu voto:

⁸⁰ *Ibi idem*. p. 105.

Nada obstante as defesas dos acusados argumentem a imprestabilidade das declarações prestadas por colaboradores para sustentar a proposta acusatória, invocando a aplicabilidade da norma extraída do art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013, esta colenda Segunda Turma, estribando-se em julgado proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do INQ 3.983, já decidiu, em mais de uma oportunidade, que tais elementos de informação, ainda que não sirvam como base exclusiva do juízo de mérito condenatório, são aptos a atestar a existência dos indícios que autorizam o processamento da ação penal.

(...)

E ainda que assim não fosse, mais importante é que, na hipótese destes autos, como visto alhures, além dos indícios da ocorrência dos crimes antecedentes estarem representados por declarações prestadas por colaboradores premiados, estas narrativas estão devidamente acompanhadas de outros elementos de informação que as corroboram.⁸¹

Diante disso, percebe-se que o Ministro Fachin não se alinhou, nas suas próprias palavras, à tese da “imprestabilidade das declarações prestadas por colaboradores para sustentar a proposta acusatória”, de modo que, até aqui, sabia-se que dois dos Ministros da 2ª Turma – ele e o Ministro Celso de Mello – não a acolheram. O curioso é que, neste caso, o próprio Ministro Dias Toffoli, além dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello, acompanharam o voto do Ministro Fachin, talvez por terem entendido, os três primeiros, que havia outros elementos nos autos além dos relatos de colaboradores premiados. Assim procedendo, conforme já se apontou anteriormente, acabam possibilitando a lavratura de um acórdão que exprime um entendimento do qual não partilham, acarretando prejuízos ao estudo e à própria formação da jurisprudência do Tribunal.

Em seguida, na sessão de 19/06/2018, surgiu, talvez, o primeiro indicativo, no âmbito do STF, da plausibilidade da tese. É que estava em pauta o julgamento da AP nº 1.003/DF, oriunda do INQ nº 3.979/DF, que teve a denúncia recebida pela 2ª Turma em 27/09/2016, conforme se expôs anteriormente. O relator, Ministro Edson Fachin, destacou em seu voto que:

Não se olvida que as declarações de colaboradores, de forma isolada, são inservíveis para fundamentar um decreto condenatório, nos exatos termos do que preceitua o art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013.

Entretanto, os fatos aqui retratados pelos referidos colaboradores encontram suporte em outros elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório, circunstância que atesta a veracidade dessas declarações e autoriza, portanto, o seu uso para embasar a resolução do mérito da causa penal em análise.⁸²

⁸¹ STF, INQ nº 4.633/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 08/05/2018, DJE 08/06/2018, p. 55-56.

⁸² STF, AP nº 1.003/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 19/06/2018, DJE 31/08/2018, p. 44.

Assim, sem deixar de reconhecer a ineficiência das declarações de colaboradores para embasar uma condenação – o que está fora de dúvida, ante a expressa previsão do §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 –, o Ministro, mais uma vez, entendeu que no caso estavam presentes elementos de corroboração, de modo a autorizar a consideração da narrativa dos colaboradores, no que foi integralmente acompanhado pelo Ministro Celso de Mello, que era o revisor do feito. Contudo, não foi a essa conclusão que chegou o Ministro Dias Toffoli, que, em seu voto, assentou que:

Observa-se que toda a argumentação desenvolvida pelo Ministro Relator tem como fio condutor os depoimentos dos colaboradores, à luz dos quais é feita a análise das demais provas carreadas aos autos.

Importa destacar, por isso mesmo, que **os termos de colaboração, na hipótese dos autos, não encontram respaldo em elementos externos de corroboração**, o que contraria entendimento que vem sendo adotado por este Supremo Tribunal:

(...)

No caso concreto, faz-se referência apenas à anotação “1,0 PB”, contida em agenda pessoal de Paulo Roberto Costa, que não pode ser considerado elemento externo de corroboração.

Igual sorte devem ter as planilhas elaboradas por Rafael Ângulo Lopez, mencionadas nos autos.

A jurisprudência desta Corte, como acima mencionado, é categórica em excluir do conceito de elemento externo de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador.

(...)

Os depoimentos dos colaboradores, ademais, não são uníssonos e harmônicos.

Suprimidos os depoimentos dos colaboradores, no caso concreto, restam apenas elementos indiciários, a exemplo de dados e registros telefônicos, os quais não permitem a formação de convicção segura o suficiente para um decreto condenatório.⁸³ **(grifos do autor)**

Ou seja, no caso concreto, entendeu o Ministro Toffoli que só pesava contra os réus os depoimentos dos colaboradores, o que direcionou o seu voto para a absolvição dos acusados. Foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, que, ainda, ressaltou que “ainda que os depoimentos dos colaboradores sejam incriminadores, não há elementos de corroboração suficientes para autorizar o juízo condenatório”⁸⁴, e pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que não deixou de observar que “são tantas as incongruências e inconsistências nas colaborações premiadas que ora estão sendo examinadas, que elas se tornam completamente imprestáveis para sustentar qualquer condenação”⁸⁵.

Assim, em suma, por maioria (três votos a dois), os réus foram absolvidos porque contra eles só havia depoimentos prestados por agentes colaboradores, situação que, por óbvio, também já se verificava no momento em que o órgão fracionário analisou a denúncia,

⁸³ *Ibi idem*. p. 187-201.

⁸⁴ *Ibi idem*. p. 220.

⁸⁵ *Ibi idem*. p. 234.

recebendo-a e transformando o inquérito em ação penal. Tudo isso a corroborar a tese que se apresenta neste trabalho, que, em verdade, tem como pano de fundo a ideia de que o mero relato de um colaborador não confere probabilidade à imputação da prática de um crime a um indivíduo. Para fugir um pouco da casuística do STF – mesmo porque, até o presente momento, pouquíssimas ações penais relativas à temática foram julgadas pelo Tribunal, com a maioria dos casos aqui tratados, nos quais se recebeu a denúncia, ainda pendentes de julgamento –, veja-se, como outro exemplo, um caso julgado pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, no qual se absolveu um réu porque Ministério Público não logrou êxito em produzir provas em juízo capazes de corroborar o que foi dito na colaboração premiada que embasou o oferecimento da denúncia⁸⁶.

Diante disso, percebe-se que, de fato, quando, no momento em que a denúncia é oferecida, só existe a palavra do colaborador, não se pode falar em “predominância das razões positivas sobre as negativas”, de modo que a pretensão punitiva, ao final, muito provavelmente será julgada improcedente. O indivíduo, então, terá se submetido a um processo criminal desnecessariamente.

Por fim, tem-se o INQ nº 4.074/DF, cujo julgamento pela 2ª Turma foi iniciado na sessão de 26/06/2018. Neste caso, após o voto do relator, Ministro Edson Fachin, o Ministro Dias Toffoli inaugurou mais uma vez a divergência, servindo-se daquela sua argumentação padrão. Após uma interrupção por pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento foi retomado na sessão de 14/08/2018, tendo tanto o Ministro Gilmar quanto o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhado integralmente o voto do Ministro Toffoli, resultando em um julgamento por três votos a um, ante a ausência do Ministro Celso de Mello. Aqui, é importante pontuar que os Ministros teceram diversas críticas aos procedimentos que vinham sendo adotados para a formalização de acordos de colaboração premiada, além de terem se referido à recente experiência negativa do julgamento da AP n.º 1.003/DF, tendo o Ministro Gilmar Mendes, em certo momento, feito a seguinte observação:

Mas me parece que, considerando a experiência que nós vimos desenvolvendo aí já ao longo de meses, e talvez de anos, nessa matéria, focar neste tema, e agora com o *leitmotiv* da delação premiada, me parece que um caso digno de reflexão é este precedente Gleisi-Paulo Bernardo. Porque se fez uma ampla investigação, depois houve o recebimento da denúncia e, ao fim e ao cabo, nós tivemos o julgamento em

⁸⁶ GRILLO, Brenno. *Réu é absolvido por Sergio Moro porque delação não foi provada pelo MPF*. Revista Consultor Jurídico, 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/reu-absolvido-moro-porque-delação-nao-foi-provada-mpf>>. Acesso em fev. 2019.

que se verificou que pouco se avançara além das provas já obtidas em sede de colaboração.⁸⁷

Logo, o aprendizado com o que ocorreu no aludido caso pode servir como um importante motivador para uma maior reflexão por parte de alguns integrantes da Corte.

4.3. BREVE EPÍLOGO

Finalmente, diante dessa verdadeira incursão na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, o que se nota é uma crescente e justificada preocupação de alguns Ministros da Corte com a forma que tem se encarado os conteúdos dos acordos de colaboração premiada. Nesse diapasão, deve-se apontar que o argumento utilizado pelos Ministros Edson Fachin e Celso de Mello de que a suficiência dos depoimentos dos colaboradores para a formação da justa causa é uma tese que encontra respaldo do plenário da Corte não procede. Isso porque, como se viu, não houve, no julgamento do INQ n.º 3.983/DF, deliberação dos membros do Tribunal sobre essa questão, mas somente um pequeno debate travado entre aqueles dois Ministros, de modo que não se pode afirmar que o julgamento como um todo a acolheu.

Dessa forma, é seguro afirmar que, até o presente momento, não há uma posição definitiva do STF sobre o tema, havendo espaço tanto para o êxito da tese quanto para a sua rejeição. O que se sabe é que ao menos três Ministros da Corte já a acolheram de maneira expressa em seus votos: Dias Toffoli, que foi quem a propôs, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Com isso, fato é que o entendimento vem prevalecendo na 2ª Turma, o que não deixa de ser significativo, uma vez que é o órgão prevento – em razão da prevenção do Ministro Edson Fachin como relator – para o julgamento das ações penais relacionadas à tal operação “lava-jato”, que correspondem a uma parte expressiva dos casos penais em tramitação na Corte envolvendo organizações criminosas e colaborações premiadas. Além disso, o fato de se tratar um órgão fracionário em nada impede que os seus acórdãos sirvam de base para o acolhimento do entendimento por outros juízes e tribunais em suas decisões, eis que se tratam de genuínos precedentes.

No Superior Tribunal de Justiça, sinais da procedência do entendimento já começam a se manifestar, conforme demonstra a recentíssima decisão do Ministro Rogério Schietti Cruz,

⁸⁷ STF, INQ n.º 4.074/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 14/08/2018, DJE 17/10/2018. p. 132.

da 6ª Turma, nos autos de um *habeas corpus*⁸⁸. Na espécie, o *writ* foi impetrado exatamente para impugnar uma decisão que recebeu denúncia baseada exclusivamente em um depoimento de colaborador, tendo o Ministro proferido decisão acolhendo a argumentação e determinando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

No âmbito do Ministério Público Federal, tem se notado certa anuência com a tese da insuficiência dos depoimentos de colaboradores, na medida em que se tem notícia de vários pedidos de arquivamento de inquéritos⁸⁹, por parte da Procuradoria-Geral da República, fundados exatamente na ausência de justa causa, sob o argumento da falta de corroboração dos relatos de colaboradores ainda na fase de investigação. À título de exemplo, em um deles, o INQ nº 4.447/DF, a PGR relatou o que foi dito por diversos colaboradores premiados, mas aduziu, ao final, que “após a realização de diversas diligências investigativas, não se obteve êxito na produção de lastro probatório apto à deflagração de ação penal efetiva e com perspectiva de responsabilização criminal dos investigados”⁹⁰. Nota-se, ainda, a adoção, por parte de alguns Ministros do STF, da prática de arquivar, independentemente de pedido do *Parquet*, inquéritos que se alongavam no tempo e nos quais só se tinha o depoimento de colaboradores, sem a devida corroboração por elementos obtidos nas diligências investigativas⁹¹.

Por fim, deve se reconhecer que é bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, por ser um órgão “de ponta”, possui plenas condições de fazer análises profundas nesses casos criminais de sua competência originária, o que se percebe diante do alto nível de fundamentação que marca os acórdãos proferidos em processos dessa natureza. A situação é ainda mais favorável por se tratar o STF de um órgão colegiado, cujas decisões são tomadas em um ambiente de debate entre vários juízes, todos dotados de “notável saber jurídico”, e pelo tribunal concentrar poucos processos, se comparado com os demais graus de jurisdição. Assim, a Corte acaba se tornando um terreno fértil para o desenvolvimento de teses da natureza da que é tratada no presente trabalho.

Por sua vez, não se desconhece a realidade da justiça de primeira instância no país, que, em grande parte, cultiva a nociva prática de proferir decisões de recebimento de denúncia

⁸⁸ COELHO, Gabriela. *Schietti tranca ação sem justa causa, baseada apenas em delação premiada*. Revista Consultor Jurídico, 17 de abril de 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-17/schietti-tranca-acao-penal-baseada-apeenas-delacao-premiada>>. Acesso em abr. 2019.

⁸⁹ INQ nº 4.134/DF, Rel. Min. Celso de Mello; INQ nº 4.246/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; INQ nº 4.447/DF, Rel. Min. Edson Fachin; INQ nº 4.424/DF, Rel. Min. Edson Fachin; INQ nº 4.398/DF, Rel. Min. Luiz Fux.

⁹⁰ PGR, Promoção de arquivamento no INQ nº 4.447/DF, protocolada em 01/10/2018, disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/raquel-dodge-arquivamento-inquerito.pdf>>.

⁹¹ INQ nº 4.441/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; INQ nº 4.660/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; INQ nº 4.393/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

sem fundamentação, nas quais são utilizadas fórmulas genéricas, que servem para qualquer situação, transformando, assim, acusados em réus sem a adoção de critérios mínimos de garantia. Nesse contexto, pouco importaria o que vem se afirmando no presente trabalho, uma vez que, invariavelmente, as denúncias baseadas unicamente em depoimentos de colaboradores serão recebidas nestes juízos. Porém, isso não pode ser um obstáculo para a defesa da tese que vem sendo apresentada; mais do que isso, serve como um estímulo a mais para que se afronte essa nossa péssima tradição de não zelar pela presunção de inocência dos indivíduos, que se manifesta na submissão de pessoas a processo criminais sem maiores cuidados, e que, em última instância, acaba contribuindo ainda mais para o assoberbamento do Poder Judiciário e para a piora na qualidade da prestação jurisdicional como um todo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da colaboração premiada é uma realidade da qual o direito brasileiro não pode mais – e nem deve – se distanciar. A nova sistematização surgida com o advento da Lei n.º 12.850/2013 elevou o instituto para outro patamar, na linha dos compromissos firmados pelo Brasil com a comunidade internacional, o que possibilitou, nos últimos anos, que os órgãos de persecução penal desvendassem e desbaratassem diversas organizações criminosas em atividade no país, entre as quais se sobressaem aquelas compostas por políticos e integrantes do alto empresariado nacional.

Entretanto, embora represente um avanço no enfrentamento à criminalidade organizada, não se deve descuidar que o Estado, ao celebrar um acordo de colaboração premiada, está a negociar com um criminoso confesso, e dele se servirá para orientar a sua atividade investigativa, o que, por si só, já impõe que o instituto seja encarado com severas reservas. Além disso, não há como não levar em conta que aquele que adere a um acordo dessa natureza tem em mente o recebimento de um tratamento menos severo por parte do Estado com relação aos crimes que confessadamente cometeu, de modo que é natural que sobre todas as informações por ele fornecidas parem uma presunção de inautenticidade.

Atento a essa realidade, o legislador, ao editar a Lei n.º 12.850/2013, estabeleceu uma cláusula limitadora ao valor probatório das declarações prestadas no âmbito de um acordo de colaboração premiada, de maneira a institucionalizar, por meio de expresse comando legislativo, a presunção de falta de fidedignidade que, como se viu, é da própria essência de tais declarações. Assim, embora a referida cláusula consista na vedação de que juízes profiram sentença penal condenatória amparada unicamente na palavra de agentes colaboradores, fato é que ela também exerce influência sobre a decisão de recebimento da denúncia, eis que a justa causa, condição sem a qual não se pode dar início ao processo penal, se traduz na existência de indícios da materialidade do fato apontado como criminoso e da autoria do acusado em quantidade suficiente a atingir o nível da probabilidade.

Dessa forma, se a lei imprime um valor probatório mitigado a determinado elemento, por óbvio que essa limitação também se deve fazer presente no momento em que se está a analisar se é caso de recebimento da denúncia. Aliás, a contenção da arbitrariedade do exercício do direito/dever de acusação do Estado é exatamente a razão de ser do instituto da justa causa, não podendo, portanto se considerar que esta resta preenchida quando se está diante apenas de relatos prestados por indivíduos em acordos de colaboração. Fosse assim, a

sujeição de alguém à condição de réu estaria ao alvedrio de pessoas que celebram acordos dessa natureza.

A questão foi objeto de intensos debates na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando esta se defrontou com o julgamento do recebimento de denúncias em inquéritos relacionados à popular operação “lava-jato”, e já rendeu a consagração de tal entendimento em diversos julgados do órgão colegiado, além de se ter notícia de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.

Trata-se, contudo, de uma realidade um pouco distante daquela que é vivenciada pela maior parte das pessoas que passam pela experiência da instauração de um processo criminal, nos quais, na maioria esmagadora das vezes, a denúncia é recebida por meio de decisões genéricas, que não analisam a fundo os indícios que vêm acompanhados pela peça acusatória. O fato de ter que se empenhar para fazer prosperar o entendimento de que o órgão acusador não deve oferecer uma denúncia quando o que se tem é exclusivamente o relato de um colaborador premiado só retrata a desconfortante realidade do processo penal brasileiro, que tradicionalmente tem pouco zelo com a abertura de novos processos criminais, com todas as consequências que isso implica na vida daqueles que são colocados no banco dos réus.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da lei nº 12.850/13*. Revista Consulex, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

_____. *As condições da ação penal*. Badaró Advogados, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/20-062017-as-condicoes-da-acao-penal.html>>. Acesso em fev. 2019.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo. *A palavra do colaborador não é suficiente para o recebimento da denúncia*. Revista Consultor Jurídico, 04 de junho de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/direito-defesa-palavra-colaborador-nao-suficiente-recebimento-denuncia>>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em nov. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em nov. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em nov. 2018.

_____. *Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em dez. 2018.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de outubro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em nov. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP nº 1.003/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 19/06/2018. DJE 31/08/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 127.483/PR. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em 27/08/2015. DJE 04/02/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.979/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 27/09/2016. DJE 29/09/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.980/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 06/03/2018. DJE 08/06/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.982/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 07/03/2017. DJE 05/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.983/DF. Plenário. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 03/03/2016. DJE 08/03/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.984/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 06/12/2016. DJE 16/03/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.990/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 14/03/2017. DJE 02/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.994/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 18/12/2017. DJE 06/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 3.998/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 18/12/2017. DJE 09/03/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 4.074/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 14/08/2018. DJE 17/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 4.112/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 22/08/2017. DJE 10/11/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 4.118/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 08/05/2018. DJE 05/09/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 4.216/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 10/10/2017. DJE 20/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. INQ nº 4.633/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 08/05/2018. DJE 08/06/2018.

CAVALCANTI, Eduardo de Araújo. *Direito penal de barganha: aspectos inconstitucionais do instituto da colaboração premiada na lei 12.850/13*. Parahyba Judiciária. João Pessoa, v. XI, p. 157-170, ago. 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Gabriela. *Schietti tranca ação sem justa causa, baseada apenas em delação premiada*. Revista Consultor Jurídico, 17 de abril de 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-17/schietti-tranca-acao-penal-baseada-penas-delacao-premiada>>. Acesso em abr. 2019.

COSTA, Aldo de Campos. *A toda prova: a justa causa para o exercício da ação penal*. Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-29/toda-prova-justa-causa-exercicio-acao-penal>>. Acesso em dez. 2018.

DAVID, Tiago Bitencourt De. *Recebimento da denúncia deve ser embasado por adequada fundamentação*. Revista Consultor Jurídico, 10 de janeiro de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-10/tiago-david-recebimento-denuncia-fundamentado>>. Acesso em jan. 2019.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

FALCÃO, Márcio. *Lava Jato no STF: 30% de inquéritos arquivados, com denúncia rejeitada ou absolvição*. Jota, 15 de março de 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/lava-jato-no-stf-30-arquivados-denuncia-rejeitada-absolvicao-15032019>>. Acesso em mar. 2019.

GALLI, Marcelo. *Vício do sistema: “É mentira que a corrupção será derrotada com o Direito Penal”*. Revista Consultor Jurídico, 1º de novembro de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>>. Acesso em fev. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. *Contaminação inconsciente do julgador e a exclusão física do inquérito*. Revista Consultor Jurídico, 26 de outubro de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconsciente-julgador-exclusao-inquerito>>. Acesso em nov. 2018.

MACHADO, Luís Henrique. *A delação premiada e o elemento corroborativo de prova em fase de recebimento da denúncia*. Revista Consultor Jurídico, 28 de setembro de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/prova-corrobora-delacao-imprescindivel.pdf>>. Acesso em mar. 2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Organização criminosa*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

_____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *Promoção de arquivamento no INQ nº 4.447/DF*. Protocolada em 01/10/2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/raquel-dodge-arquivamento-inquerito.pdf>>. Acesso em jan. 2019.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVEIRA, Marcos Aurélio Nunes da. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Descrição disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-condicoes-da-acao-no-direito-processual-penal-do-autor-marco-aurelio-nunes-da-silveira>>. Acesso em fev. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2010. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.